طرق الإثبات الشرعية

مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية
وسوق الأدلة والموازنة بينها
ثم مقارنة بالقانون
ومعلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض
ومواد قانون الإثبات الحالي
ومواد مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

من قلم

المرحوم الإمام الشيخ
أحمد إبراهيم بك
وكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة
وأستاذ الشريعة الإسلامية الأسبق بالجامعات والأزهر

المستشار
واصل علاء الدين أحمد إبراهيم
نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا
المستشار بمحكمة النقض سابقاً

الطبعة الرابعة

مزيدة ومنقحة وفقاً لآخر التعديلات
وخاصة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع
وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية
والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الحسبة
ومشروع قانون محاكم الأسرة

٢٠٠٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم نادى القضاة

الحمد لله الذى بعث من عباده من يجدد لهذه الأمة أمر دينها، وأقام فى كل عصر من يحوط هذه الكلمة بتشييد أركانها، وتأييد سننها وتبيينها، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله.

ما من شك أن الإسلام بشريعته هو المعين الأصيل لجميع نظم الدنيا، وهو معين شجاج يجود على كل ملتمس، ومحال أن يدعى أى مقترف الاحاطة بإسراره أو سير اعواره ولنا فى فقهاء الإسلام الاجلاء، وأئمة المذاهب الأربعة وغيرهم خير أسوة، حين يختتمون جهدهم بقولهم «والله أعلم».

وقد طوت صفحات هذا الكتاب فى طبعته الرابعة. طرق الإثبات الشرعية ومقارنتها بقانون الإثبات معلقاً عليها باحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والتعليق على قانون الحسبة والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ومشروع قانون محاكم الأسرة.

رحم الله أستاذنا وشيخنا الجليل الإمام الشيخ «أحمد ابراهيم بك» رحمة واسعة لما قدمه للإسلام والمسلمين.

وشكراً لأبنه زميلنا السيد المستشار واصل علاء الدين نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا ونائب رئيس محكمة النقض الأسبق. الذى رحب بطلب النادى طبع هذا الكتاب، وفاءً منه لأسرته القضائية وإهدائه أيضاً إلى مكتبة القضاة .

فـوضع المؤلف المـاثل على هذه الصـورة الشـــاملة التى تعـين الـقـاضى على أداء رسالتـه، وإننا على يقين من أن هذا الكتاب سـيكون مورداً عذباً لكافـة فقهاء وقـضاة مصر وسائر المشتغلين بالقانون.

نسأل الله سبحانه وتعالى قبول هذا العمل، ونتضرع إليه أن يمنحنا رضاه، أنه نعم المولى ونعم النصير، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

١/ ٧/ ٢٠٠٣

المستشـــار

زكريا أحمد عبدالعزيز

رئيس محكمة الاستئناف

رئيس نادى القضاة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقــدمة

الطبعـــة الرابعـــــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم المرسلين..

وبعـــــــــد :

أسعـدنى أن قدمت إلى إخـوانى المشتغلـين بالقانون الطبعـة الثالثـة للمصنف الفـقهى «طرق الإثبات الشرعية» أحد ثمرات جهـود المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك، وقد ظهرت الطبعة الأولى «طرق القضاء فى الشريعة الإسلامـية» سنة ١٩٢٨ وسبقتها طبعات مدرسيـة موجزة منذ سنة ١٩١١ وجاءت الطبـعة الثانية سنة ١٩٤٠ دراسـة مقارنة لطلاب دبلوم القانون الخاص والطبعة الثالثة سنة ١٩٨٤ .

وعنيت فى تلك الطبـعة الثـالثة الحـاق ما سـطره المؤلف رحمـه الله بالطبعـتين الأولى والثانية، وأضفت أحكام محكمة النقض ومواد قـانون الإثبات الحالى ومواد مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجـارية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الذى اعـتمدت المذكرة الإيضاحية لأغلب مواده اعتماداً كبيراً على الطبعة الأولى من هذا المصنف.

والقواعد التى انتظمها هذا المؤلف هى قواعـد الإثبات الموضوعية المتصلة بذات الدليل ـ كبيـان الشروط الموضوعية اللازمـة لصحة وبيان قوته وأثره القـانونى ـ والتى تخضع فى مواد الأحـوال الشخصيـة للشريعة الإسلامـية، وكذا إجراءات الدليل وإجـراءات الإثبات وغيرها من الشروط الشكلية والتى تخضع الآن لقانون المرافعات والإثبات (١).

---

(١) إعمالاً للمادة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

ـ الإثبات فى مسائل الأحوال الشخصية. إجراءات الإثبات الشكلية. خضوعها لقانون المرافعات. قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل. خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية م ٥، ٦ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، م ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

الطعن رقم ١٢٠ لسنة ق «أحوال شخصية» جلسة ١٥/ ١٢/ ١٩٩٨.

طعن رقم ٤٨ سنة ٣٠ق، رقم ٢١ سنة ٣٨ق، ٣٢ سنة ٤٠ ق، ٢٢٨ سنة ٤٠ ق مجـــموعة القواعـد القـــانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ١٤٥ قاعدة ١٨، ص ٦٥٩ قاعدة ١٨٤٣.

وإذ نفذت أعداد الطبعة الثالثة منذ فترة فقد طالبنى الزملاء كما طلب منى سيادة المستشار رئيس نادى القضاة إعادة طبع هذا المصنف والحاق التعديلات الجديدة به.

فوافقت لما فى ذلك من فائدة لزملائى وأبنائى أعضاء الهيئة القضائية خاصة والمشتغلين بالقانون عامة.

وقد عنيت فى هذه الطبعة الرابعة إضافة ما تعلق بالموضوعات من أحكام المحكمة الدستورية العليا، والحديث من أحكام محكمة النقض حتى إعدادها للطبع .

وكذا التعليق على مواد القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، ما يتعلق منها بالولاية على النفس وما يتعلق بنظر الدعاوى وإجراءاتها، وكذا دعوى الخلع.

كما عنيت أيضاً بالتعليق على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية، وأفردت بحثاً مستفيضاً عن الحقوق التى ترفع بها الدعوى حسبة وإجراءات هذه الدعوى أمام النيابة العامة والمحاكم على إختلاف درجاتها.

كما أدرجت بالكتاب مشروع قانون محاكم الأسرة ومذكرته الايضاحية وتعليق على المشروع .

وأحمد الله على توفيقه فى إخراج هذه الطبعة وأسأله تعالى أن يوفقنى فى إعداد بعض مؤلفات المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك فى باقى فروع الشريعة الإسلامية.

والله ولى التوفيق

مايو سنة ٢٠٠٣

واصل علاء الدين أحمد إبراهيم

ملحوظة : عبارة (أهـ) تعنى انتهى أى انتهت العبارة المنقولة عن المرجع الفقهى.

الإمــام الفقيه الشـيخ أحــمد إبراهيــم بــك
عــلم من أعــلام الفقـــه الإســلامى
فى القرن الرابـع عشـر الهجــرى

١٢٩١ - ١٣٦٤هـ ١٨٧٤ - ١٩٤٥ م

أحـمد إبراهيم: فـقيـه باحث مدرس. من أهل الـقاهرة. تخـرج بدار العلوم سنة ١٣١٥هـ. واحترف التعليم فكان مدرس الشريعة فى مدرسة القضاء الشرعى ثم فى كلية الحقوق. وكان من أعضاء المجـمع اللغوى. امتاز بأبحاثه فى المقارنة بين المذاهب والشـرائع. له نحـو (١٥) كـتاباً، منـها «أحكام الأحـوال الشـخـصـية فى الشـريعـة الإسلامـية» و(الـنفقـات) و«الوصايا» و«طرق الإثبـات الشرعـية» فى الفـقه المقـارن و«أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض» وكان سمح الخلق ألوفاً مرح النفس.

الإعلام للزركلى
(ج-١)
(ص-٨٦)

«أستاذى الجليل أحمد إبراهيم حسبك أنك حررت عقلك من التعصب وأطلقته من أسر الجمود، وبعثت فى تلاميذك روح البحث الحرة، وملكة النقد الصحيح.. فإذا كنت لم تترك ثروة مالية يقتبسها ورثتك، فقد تركت ثروة علمية يقتبسها المسلمون... وما مـات من كانت بقـاياه مثل بقاياك، ومـا انقطع عمل من ترك للناس مـثل علمك والله يتغمدك برحمته ويجزيك خير الجزاء.

الشيخ عبدالوهاب خلاف

«كرس حياته ـ رضى الله عنه ـ لاستنباط أسـرار الشريعة السمحة، والكشف عن دقائقهـا، ومميزاتها وذخائرهـا، وما تمتاز به عن سائر الشـرائع، فكان يعنى بالمقابلات الطريفة والمقارنات الدقيقة بين المذاهب والآراء والعـقائد، وطرق التدليل، والتفسير، والتأويل التى تنطوى عليـها مبـاحث علماء الإسلام.. فهـو طراز نادر بين الأساتذة، والعلماء، ولعله كان المثل الأعلى والنموذج النادر بين هؤلاء جميعاً».

العلامة الحقوقى الكبير

إبراهـيم دسوقى أباظـة باشـا

«وبوقوفنا علـى مزايا هذا المنهل العذب، والبـحر الزخار فـى شخصـيته العلمـية الفـريدة...... ينكشف لنا سر نبـوغ الشـيخ محـمد أبى زهرة والشـيخ عبـدالوهاب خلاف.. فيما لمعـا به من المقام العلمى والصفاء الذهنى، والدقة الفقهـية البالغة، وأن ذلك مرتكز فـضائل هذا الأستاذ الكبيـر.. وإذا كان نطاق شهرتهـما أوسع من نطاق شهرة شيـخهما أحمد إبراهيم فـذلك لأن الشيخ ظهر ومحيط الدراسـات الإسلامية كان محدوداً وهمـا جاءا على أثره، وقد اتسع ذلك المحيط العلمى فكان لهـما شهرة أوسع من شيخهما، بما أسس هو لهما، وفـتح أمامهما، فكانا حسنة من حسناته وأثراً من آثاره العظيمة».

محقق الشام العالم

الشيخ عبدالفتاح أبوغده

الأستاذ بكلية أصول الدين والدراسات العليا

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المغفور له أحمد إبراهيم إبراهيم

وكيل كلية حقوق القاهرة

ورائد من رواد الشريعة الإسلامية

لفضيلة المرحوم الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة

فى ٣٠ من يناير سنة ١٨٧٤ ولد نابغة من نبغاء مصر فى حى من أحياء القاهرة نزحت أسرته إليه من قرية من قرى مديرية الشرقية فهو شرقاوى النسبة قاهرى المنبت، ذلكم هو الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم الذى كان نجماً من نجوم الشريعة الغراء، بل أنه بلغ درجة الإمامة فيها.

وما أتى بعد الإمام الفقيه العلامة ابن عابدين الشامى فقيه مثل الشيخ أحمد إبراهيم رضى الله تعالى عنه.

وقد نشأ نشأة دينية، فحفظ القرآن الكريم، واتصل بالأزهر الشريف وطلب العلم فيه حتى شب وترعرع واستمكن من العلم الإسلامى والبيان العربى.

ثم بعد ذلك دخل مدرسة دار العلوم العليا التى كانت تخرج مدرسى العربية والشريعة فى مدارس الدولة المصرية.

وكان ذلك فى سنة ١٨٩٣ وقد ظهر نبوغه فيها نبوغاً واضحاً فكان أول الناجحين فى كل سنة من سنيها، ونال شهادتها العالمية وكان الأول فيها، ويلاحظ أنه كان فى فرقته بعض أعلام الفقه فى مصر، كالمرحوم الشيخ عبدالوهاب النجار، والمرحوم الشيخ عبدالعزيز جاويش الذى اشتهر بالسياسة كاشتهاره بالعلم الإسلامى، والمرحوم الشيخ حسن منصور الذى كان يعد نجماً لامعاً فى القرآن الكريم وتفسيره وكان من هذه الفرقة بعض الذين نبغوا فى المحاماة الشرعية وعلوا فيها كالمرحوم الشيخ محمد عز العرب، فكانت فرقته ممتازة بين خريجى دار العلوم،

وكان هو ممتازاً على هؤلاء الممتازين.

وعند تخرجه أختير معيداً فى مدرسة دار العلوم التى نبت فيها، ثم انتقل مدرساً بعد ذلك فى مدرسة الناصرية، وكان لا يختار لها إلا كبار الممتازين لأنها كانت مدرسة لأبناء الطبقة العليا فى مصر، وانتقل منها إلى مدرسة رأس التين الثانوية وفى هذه الأثناء كان يلاحق الصحف والمجلات بمقالاته الإسلامية الرائعة.

ومما يذكر فى ذلك أنه كتب مقالة ممتازة نشرتها إحدى الصحف فنقلها إلى التركية القاضى يحيى قاضى قضاة مصر من قبل تركيا ونشرت ترجمتها بالمجلات التركية فاستحسنها بعض المصريين فنقلها إلى العربية وهو لا يعلم أن أصلها عربى بقلم عربى.

كان لابد أن يتقدم ذلك الشاب النابغة القوى فى بيانه وعلمه إلى خدمة الشريعة، فاختير مدرساً مساعداً بمدرسة الحقوق سنة ١٩٠٤ مدرساً فيها وأبدى كفاية ممتازة، وتلقى عنه دروس الشريعة طائفة من نبغاء مصر كالمرحوم الدكتور محمد كامل مرسى.

ولكنه لم يظل طويلاً فى مدرسة الحقوق فقد اختطفته منها مدرسة القضاء الشرعى التى أنشئت فى سنة ١٩٠٧ أنشأها المغفور له سعد زغلول وعهد بإدارتها إلى النابغة محمد عاطف بركات، فاختار لها نخبة من كبار رجال العلم فكان منهم الشيخ أحمد إبراهيم.

وفى هذه المدرسة ظهر نبوغه الفقهى بين طائفة ممتازة زاملها وكان مرموقاً مقدراً، ومن هذه الطائفة العالية بحر العلم المرحوم الشيخ محمد الخضرى، والمرحوم العبقرى الشيخ عبدالحكيم السبكى والشاعر الفحل الشيخ محمد عبدالمطلب، والأديب العظيم ذو الذوق البيانى المرحوم الشيخ محمد المهدى زيكو، وكل هؤلاء كانوا يعملون فى ظل دوحة مباركة تتمثل فى عاطف بركات أستاذ الأساتذة فظل يعمل فى هذا المعهد الجليل نحو سبعة عشر سنة ظهر فيها نبوغه فى الفقه حتى إذا ذوت شجرة مدرسة القضاء الشرعى وغلقت أبوابها دون طلابها فسرعان ما تلقفته

مدرسة الحقوق مرة ثانية، وكانت فى طريق تحويلها إلى كلية جامعية فكان الاختيار فى إبانة لأنه تحمل عبء الدراسة الجامعية فيها بعد ذلك كاملاً.

وأنه بمجرد أن أنشئت فيها الدراسات العليا للتأهيل للدكتوراة أخذ يفيض عليها وفى أقسام الدكتوراة بهذه الكلية ابتدأت دراسة الفقه الإسلامى المقارن، فكان الأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم يلقى. دروسه موازياً فى النظريات الفقهية بين مذاهب ثمانية هى المذاهب الأربعة، والشيعة الأمامية والزيدية، والظاهرية والأباضية وأن هذه المذاهب الأخيرة لم تلق دراسة نظامية قبل أن يتولاها الشيخ أحمد إبراهيم بفكره العميق وإطلاعه المحيط وقلمه المصور وأن بحوثه فى الوقف والوصية والهبة والميراث وأهلية المرأة - لصور واضحة للفكر الفقهى العميق، والتصوير الدقيق وأن لأستاذنا الجليل رضى الله عنه لآثارا ضخاما فى كل أبواب الفقه ومنها ما كان دراسة مقارنة وما اقتصر فيه على المذهب الحنفى، فكان المقارن منها متسماً بالاحاطة والشمول والعمق، وكان غير المقارن منها الذى أقتصر فيه على المذهب الحنفى متسماً بالتفريع وتوضيح النواحى العملية ومن هذا النوع الثانى كتابه فى المرافعات الشرعية وكتابه «طرق القضاء» وإن كان هذا الكتاب الأخير قد كانت فيه مقارنات دقيقة بين القوانين الوضعية والقوانين الشرعية فى طرق الاثبات وغيرها.

هذا ولم يترك أستاذنا الجليل هذه الدنيا إلا بعد أن خلف وراءه آثاراً ضخاماً فى الفقه الإسلامى ولا أعلم أن كاتباً فى الفقه قبل الأستاذ أحمد إبراهيم ترك ما تركه، فقد ترك نحو خمسة عشر مجلداً من الكتب القيمة ونحو عشرين بحثاً فى الفقه وأصوله، وكلها يتسم بطابع علمى اختص به ذلك العالم الفقيه ولنسق بعضها.

وله نشاط كبير بجوار ذلك النشاط العلمى، فله مقالات صغيرة مفيدة وفتاوى كثيرة ترد الحق إلى نصابه فى كثير من المشاكل.

ومما لوحظ فى حياة ذلك الرجل العظيم أنه لم يكن فقيهاً فقط وأن كان قد بلغ الذروة فى الفقه فقد كان مع ذلك رياضياً لم يترك علوم الجبر والهندسة بأنواعها طول حياته وكان مع هذا أديباً وشاعراً مجيداً، فلو أنه لم يشتهر بالفقه لاشتهر

بالأدب وكان تلاميذه فى مدرسة القضاء الشرعى يقولون أنه فقيه الأدباء أو أديب الفقهاء.

وقد كان على علم عميق بدقائق علوم النحو والصرف والعروض وله مباريات وجولات فى الشعر على بحور العروض المختلفة مع صديقه الأستاذ الشيخ حسين والى رضى الله عنهما.

وقد كانت حياة الشيخ العلمية والاجتماعية خصبة منتجة فقد كان عضواً مدداً طويلة فى مجلس كلية الحقوق ومجلس جامعة القاهرة وتولى منصب وكالة الحقوق أمداً طويلاً. وحضر عدة مؤتمرات فقهية منها مؤتمر لاهاى للقانون المقارن الذى انعقد سنة ١٩٣٢ وكان عضواً بالمجمع اللغوى إلى أن قبضه الله إليه.

وإذا كان قد انطفأت شعلة حياته فى أكتوبر سنة ١٩٤٥ فإن ذكراه خالدة فى كتبه يذكرونه لتلاميذهم. وتتناول الأجيال ذكره جيلاً بعد جيل فإن كل شىء يفنى إلا ما يتصل بالعلم والدين، فرحمه الله رحمة واسعة ورضى الله عنه وأثابه وطيب ثراه.

مجلة دنيا القانون ص٤٢، ٤٣

السنة الثانية أكتوبر سنة ١٩٦٠

بسم الله الرحمن الرحيم

تقــديم
الطبعة الثــالثــة

لصاحب الفضيلة المرحوم الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق على جاد الحق
شــيخ الأزهــر الأســبق

ان الحمد لله، نحمــده ونستعينه، ونسأله التوفيق والعصــمة من الزلل، والفقه فى دينه والبصر بأموره، والمعرفة بموازين العدل التى شــرعها سبحانه فى القرآن. وجرت بها سنـة رسول الله صلى الله عليـه وسلم، فأبانت للناس أســسهـا وطرق الوصول إليهـا. فالعـدل فى القضـاء لا يتأتى إلا إذا كان القـاضى على بينة مما يقـضى به، وما يقـضى فيـه، ومن هنا كانـت ولاية القضـاء لأولى النهى، الذين نور الله بصـائرهـم، فاعتـصموا بحبله، واسـتمطروا رحمتـه ومن فيض علمه وتوفـيقه، واستـشعروا من أنفسهم العجز إلا بقدرته.

والقضاء بين الناس والفصل فى خصومـاتهم منذ خلق الله مجتمع الإنسان كان موكولاً إلى الأنبياء والمرسلين، أمرهم الله به لتستقيم الأمور، ويستقر العدل ويرتدع الظالم.

«يا داوود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله» (١).

«إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلهـا وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل» (٢).

---

(١) سورة ص من الآية ٢٦.

(٢) سورة النساء من الآية ٥٨.

وكـان من سنة الإسلام وتشـريعه للعـدل بين الناس أن قـرر القواعـد المثلى التى يجرى بهـا القضـاء ويلتزمهـا القضـاة، يتمثـل هذا فى قول الرسول صلى الـله عليه وسلم فيما رواه (٣) البخارى ومسلم ومالك وأصحاب السنن عن أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم سمع خصومة بباب حجـرته، فخرج إليهم فقال:

(إنما أنا بشر مثلكم، وأنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى له بنحـو ما أسمع، فمن قضيت له بشىء من حق أخـيه فإنما أقطع له قطعة من النار).

ففى هذا تحـذير للمتـخاصـمين أن يستغل أفـصحـهما لـساناً وأوضحـهمـا بياناً وأقواهمـا فى المحاجة - خصـائصه هذه فى الإيقاع بخصـمه والغلبة عليه فـى ساحة القضاء.

وتوجيه للقضاة ألا تبهرهم الفصاحة فتميل بهم عن استكناه الحق وإستبصاره من حجب المرافـعات التى يتبارى الخـصوم فى عرضها أو اسـتعراضهـا، تجلية للحق، أو طمساً لمعالمه بضوضاء الباطل، فالمهمة صعبة، ولابد من استقامة الطرق الموصلة إليها وتأصيل ضوابطها وبيـان معالمها، ليكون القاضى على بصيـرة بطرق القضاء، ليحكم بالعدل الذى ولى ميزانه، وليكون فى علم المتقاضى أصـول القضاء التى تجرى عليها المرافعات فلا يضل ولا ينسى، فيضيع الحق ويسود الجور.

ولقد جـاء القرآن الكريم بأصـول القضاء، فـهو قول الله العـدل، مبـينا للرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعـده للقضاة سمـاع الدعاوى فى الأنزعة والخـصومات، من إقرار وشهـود وكتابة ويمين وقرائن، لا بطريق المصنفـات، ولكن بالآيات البينات والإشـارات، وكان أن فـتح الله على من ولى الخـلافة بعـده من الراشدين، فـأصلوا للقضاء طرقه، وللقاضى الآداب والحدود التى يتوصل بها إلى الحق، ولعل من أنقى

---

(٣) وهذا لفظ البخارى.

وأبقى هذه القواعد ما جاء فى وصية الخليفة الثانى عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى التى أودعها قواعد العدل والعناصر المؤدية إليه إذا التزم بها القضاة (٤).

كما أفاء الله على فقهاء المسلمين وقضاتهم من علمه، فبينوا ودونوا فى طرق القضاء أصولاً وقواعد تبتغى العدل وتستتبعه، وكان لكل عصر من العصور الأسلوب الذى إرتضاه فى الإفصاح والبيان، فمنهم من كان يرى التأصيل شعراً منظوماً ومنهم من رأى أن يكون قولاً منثوراً، حتى إذا ما غلب على المسلمين غيرهم، وانزوت علومهم فى بطون الكتب وغفلوا أو تغافلوا عما كان لهم من تراث، وركدت فيهم روح الابتكار فنسوا أو تناسوا أنهم يتلون كتاب الله ويتناقلون سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهما عماد هذه الأمة وأصل تشريعها، فذهبوا إلى الاستيراد ممن هم دونهم تاركين ذخائرهم وكنوزهم.

ولكن الله سبحانه الذى حفظ كتابه «إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون» (٥) بعث فى هذه الأمة، ويبعث فى كل جيل من العلماء من يجلى فكرهم ويزيح الغبار عن تراثهم.

ولقد كان ممن اختار الله لتجلية شريعته، وتقريب أحكامها للناس باحسان عرضها المرحوم أستاذ أساتذة الشريعة فى عصره، وحتى اليوم الشيخ «أحمد إبراهيم بك» فقد كان أمة وحده فى هذا المضمار، خاض غماراً، كان قد أقفلت أبوابه، وفتح أبواب الفقه الإسلامى فى بحوثه الشيقة الرائقة، يربطها بمناهج حياة الناس لا ينأى بها عن شرع الله، ولا يقعد بها حاجتهم.

انتهج وسيلة الموسوعات، وان طلع بها على الناس فى موضوعات متفرقة متلاحقة فكأنه كان يصف لكل جائحة علاجاً من فقه الإسلام، ولكل أمل فى الارتقاء أسباباً مسندة إلى أصول الإسلام.

---

(٤) اعلام الموقعين لابن القيم حـ١ ص٧١، ٧٢.

(٥) سورة الحجر الآية ٩.

«ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً» (٦).

فهو رحمه الله فقيه مجدد فى فقه الإسلام، عرضه بأسلوب واضح وعبارة العالم البصير المتمكن النابغ نبوغاً نادراً مع تواضع العلماء، ذوى الثقافات العديدة.

فهو - كما تدل أبحاثه وكتبه وآثاره - متقن متثبت من كل علم درسه، أو تولى تدريسه فله فى الحساب والرياضيات بوجه عام قدم ثابتة، وله فى اللغة العربية وعلومها الذخائر الزواخر التى روت العقول وأطلقت الأقلام، وأنبتت الأدباء والشعراء.

وله فى علوم الشريعة الإسلامية المصنفات العديدة التى واجهت وأفصحت عن حكم كل جديد فى عصره، إلتزاماً بوفاء هذه الشريعة بحاجات الناس التشريعية وأيضاحاً لصلاحيتها شريعة حاكمة لأنها من الله.

وإذا كان رحمه الله قد سلط الأضواء الفاحصة الكاشفة على الفقه الإسلامى فحرر أبوابه، وجدد للناس شبابه، معنياً بأن يبين قواعد العدل لمن كان يؤهلهم لتولى ميزانه. فإنه لم يقتصر على بحوث الأحكام الموضوعية واستبانة مصادرها ومواقفها من الكتاب والسنة واجتهاد الأئمة أصحاب المذاهب الفقهية وإنما أكمل العمل فأعطى للقضاة والعاملين فى حقله (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية - القسم الثانى: طرق الاثبات الشرعية).

وهذا القسم الثانى هو الذى نتحدث فى شأنه لا لنقدمه للناس أو تعرفهم به وبمؤلفه، فإنهما غنيان عن التعريف، وإنما لنقول للمشتغلين بالقانون وتطبيقه: ان بحوث هذا الكتاب «طرق الاثبات الشرعية» تضع أمام القاضى والمتقاضى، والدارس أيا كانت هويته عملاً يقتدى، أودعه أستاذنا المرحوم الشيخ «أحمد إبراهيم» بحوثاً حية فى الإثبات حوت مقارنات دقيقة بين القوانين الوضعية، وبين القواعد الشرعية فى طرق الإثبات.

---

(٦) سورة فصلت من الآية ٣٣.

فتراه رحمه الله - يشدك للفهم وحسن الادراك والاقتناع حين يدعوك للعلم الذى يواجهه، وللمعلومات التى يسوقها إليك فى عبارة جزلة شيقة، فهو يقول: «لأجل أن يكون القضاء صحيحاً منطبقاً على الحق والعدل يشترط أن يحصل للقاضى حين فصل القضاء علمان:

الأول: علمه بالحادثة التى يراد منه الفصل فيها منطبقاً على الواقع.

الثانى: علمه بحكم الله تعالى فى تلك الحادثة.

أما العلم الثانى فيحصل له من معرفته بالشريعة المطهرة من نصوصها القطعية أو بالاجتهاد على ما بين فى محله.

وأما العلم الأول فيحصل له بأحد أمرين: « أولهما» أن يشاهد الحادثة بنفسه، ويحيط بها علماً إحاطة تامة «ثانيهما» أن يصل إليه خبرها بطريق التواتر المفيد للعلم.

ثم يستدرك على ما تقدم: فيقول: لكن لو اقتصرنا على هذين الطريقين فقط من الأدلة لتعطلت أكثر مصالح الناس.

وبعد أن ساق الشرح لهذا الاستدراك انتهى إلى قوله:

وقد لاحظت الشريعة الحكيمة ذلك، فقررت أن يبنى القضاء على الحجة الظنية بعد أخذ الحيطة لذلك بأقصى ما يستطاع، وألا تتعطل مصالح الناس، كما يبنى على الحجة القطعية أن وجدت. وبعد أن يشرح هذه النتيجة الحقة يواجه «الحجج الشرعية أو طرق القضاء أو أدلة ثبوت الدعوى» بالتأصيل مبينا مذاهب العلماء فى إطلاق طرق القضاء أو تقييدها، مقارناً ما قال به رجال القانون، مستعرضاً ما جرت عليه لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمجلة العدلية وبعض أقوال السابقين من الفقهاء. مستخلصاً: -

«فتحصل مما تقدم رأيان لعلماء الشريعة فى طرق القضاء».

رأى يقول بحصرها فى طائفة معينة، ورأى يقول بعدم الحصر، وقد ذهب علماء القانون مذهب الفريق الأول، وهم جمهور العلماء فى الحصر، ولم يخرجوا

عما حصروا أدلتهم فيه إلا لضرورة اقتضتها رعاية مصالح الناس على ما بينوه.
وان من المفيد جداً المقارنة بين هذه الآراء الثلاثة:
(أ) رأى القائلين من الفقهاء بعدم حصر الحجج الشرعية.
(ب) رأى القائلين منهم بالحصر والنظر فيما حصروها فيه ووجهة نظرهم فى ذلك.

(جـ) رأى علماء القانون ووجهة نظرهم فيما اختاروه من الأدلة ومناقشة كل ذلك نظرياً وتطبيقه عملياً على أحوالنا الحاضرة، وبيان ما يليق الأخذ به من كل ذلك وهل فى هذا التصرف مخالفة لشرع الله، أو لا مخالفة فيه أصلاً».

أن هذا الكتاب، اتخذ فيه - رحمه الله - الفقه الحنفى أساساً مع التفريع وتوضيح النواحى العلمية مقارناً - فى بعض المواقع - بآراء من فقه المذاهب الأخرى معقباً بما يختاره مما عرضه من أقوال الفقهاء حتى لا يترك القارىء أو الباحث دون هداية إلى الصواب من تلك الأقوال.

ولقد انتصر للأخذ بالقرائن دليلا فى الأقضية، مناقشاً فى ترجيح ما يصلح فيها وما استصعب الأخذ به حماية للقضاة من الزلل إلا من عصم الله، ناصحاً القضاة والمحققين بأن يكونوا على معرفة تامة بعلم الأحوال النفسية من حيث إرتباطه بالقضاة لأن القاضى والمحقق ينكشف لهما بدراسة هذا العلم من بواطن المتقاضين والشهود ما كان محجوباً عنهما بحسب الظواهر من ضلالة وخداع وتملق ورياء ونفاق وتلبيس ونحو ذلك، فيطلع بثاقب فكره على خبايا النفوس ومستودعات الضمائر، ويتغلغل بصائب نظره إلى مستقر السرائر.
«فكشفنا عنك غطاءك فبصرك اليوم حديد» (٧).

وهو يسوق فى الكتاب الآثار المأثورة عن أئمة قضاة الإسلام وفقهائه تنويراً وتبصرة ليبين للناس أن القضاء لا يصلح له إلا من توافرت فيه سمات وأدوات».

(٧) سورة ق من الآية ٢٢.

وحين طرق - رحمه الله - الأدلة الشرعية بالبيان والشرح كان - كالعهد بما كتب - موفياً للمقام حقه من التأصيل مع التفصيل، ولعلنى أسوق بعض المثل مما أذكر من مطالعتى لهذا الكتاب والانتفاع به وقت عملى القضائى.

فقد عرض الاستدلال بعلم القاضى وأقوال الفقهاء مبينا ما يمتنع فيه على القاضى القضاء بعلمه، وما لا يمتنع، معقباً بقوله:

«وانى أقول له: أبهذا الحسن الظن بالناس، لقد أدركت شيئاً وغابت عنك أشياء. أين هم أولئك النفر الذين وثقت بهم؟

وكم عددهم فى بلد؟ أو أنت تريد أن يقضى بعض القضاة بعلمهم وهم من توافر فيهم ما ذكرت، وما أقل عددهم، بل ما أندره، وألا يقضى سواهم وهم الأكثرون عدداً لذلك. فترسم لأحد الفريقين طرقاً للقضاء غير ما ترسمه للفريق الآخر فأى خلل فى النظام، وأى فتنة أكبر من هذا..؟»

وحين واجه الاستدلال بالقرائن، وهو موضع قد اضطربت فيه وجهات نظر فقهاء المسلمين وتضاربت، عرض الموضوع فى صورة عملية، وساق من الأقضية نماذج يحتذ بها القضاة، منتهياً إلى تأكيد وتأييد الاستدلال بالقرائن، منبهاً إلى أنه: «إذا فات فى هذا المقام علم اليقين، فإن فى علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظن الراجح لكفاية، وما لا يدرك كله لا يترك كله، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها».

والاستدلال بالخط فى إثبات الحقوق أمر ثار فيه جدل الفقهاء من قبل.

ولقد استخلص - رحمه الله - أقوال المجيزين والمانعين، مبينا وجهة كل من الفريقين. وما استقر عليه العمل أخيراً، مستعرضاً بعض نصوص القوانين واللوائح الجارية فى وقته وأقوال فقهاء القانون، وما يرد من طعون على الأوراق المستدل بها.

وهكذا نجد - هذا الكتاب - «طرق الإثبات الشرعية» قد جمع فيه مؤلفه رحمه الله وأجزل عطاءه فى دار رضوانه، بيان هذه الطرق، مستمدة من الفقه الإسلامى، مقارنة بما قضت به القوانين واللوائح السائدة وقتذاك.

ولقد كـان تقديم الكتاب الآن للـمشتغـلين بالقانون أمراً حـتماً. بعـد أن اتجهت النية، بل والجـهود العملية إلى إستمداد القـوانين من الفقه الإسلامى، ليـهديهم إلى أنماط يستـرشدون بها ويربطهم إلـى قواعد لا مراء فـيها، وإلى تنـظيم فاقت به طرق الإثبات الشرعية غيرها من الطرق التى درجت عليـها القوانين، وكان الكتاب مرشداً إلى ما يتعين الالتزام به. وما ينفتح فيه المجـال للاطلاق أو التقييد، تبعاً لحوائج الناس ومقتضيات حياتهم الاجتماعية والاقتصادية المتجددة.

ولئن كانت القوانين واللوائـح التى جرت المقارنة بها فى هذا الكتاب قـد اعتراها التغـيير فإن العـمل الذى قام به الزميل الفاضل الأسـتاذ واصل علاء الدين المسـتشار بمحكمة النقض وابن شيخنا المرحوم «أحـمد بك إبراهيم» من إعادة طبع الكتاب من نسختـه الأصلية، معلقاً عليه ببـيان ما يجرى عليه العـمل الآن فى المحاكم من قوانين مرتبطة بموضوعه، ومـشيراً إلى ما أرسته محكمـة النقض من مبادىء فى الاثبات، مما يعتـبر اضافة هامـة ومفيدة تربط بين الفـقه والقضـاء، باعتبار أن أحكام القـضاء هى المظهرة للحاجـة وفيها تتبلور أوجه التجديد الفقـهى، لأنها تواجه ما يجـد فى الحياة الاجتماعية من وقائع وخصومـات، فهى أشبه بالطبيب الذى يصف الدواء ويستمده من المصدر الشرعى بعد أن يكون قد توصل إلى تحديد الداء. وكثـيراً ما اعتد الفقهاء بعمل القضاة فيقولون: (وعمل القضاة اليوم على ذلك).

بل انى لأرجو أن يكون الصديق السيد المستشار (واصل علاء الدين) قد ألمح فى تعليقاته إلى ما أخـذ به مشروع قانون الاثبات المزمع اصداره مع القـوانين الموضوعية المستمدة من الفـقه الإسلامى، تكاملاً بين النصوص ومصادرها، وحـتى يستمر النفع بهذا الكتاب.

ولا يقف البحث فيه، والاستعانة به عند موضوعه، مقطوعاً عن التطور التاريخى والواقـعى للقوانـين واللوائح التى نظمت مـوضوع أدلة الاثبـات، أمـلاً فى أن يتجـه أساتذة القانون ورجال القضاء إلى الربط بين أصول الاثبات وطرقه الشرعية، وبين ما اتخذه القانون طريقاً للعمل به كما قلت.

إنى لا أقدم أستاذ الأساتذة أو أثنى على كتابه، هذا الذى هو واحد من خمسين كتاباً كلها رائدة، قائدة، وإنما أعرف هذا الجيل من رجال الشريعة والقانون بأن هذا الإمام كان أمة وحده فى خدمة الشريعة الإسلامية، واللغة العربية وعلومها على وجه الخصوص ليكون مثلاً وقدوة حتى يقبلوا - كما أقبل رحمه الله - على إعادة عرض الفقه الإسلامى على النمط الذى يقربه للمشتغلين بالقانون.

وأسأل الله سبحانه أن ينفع بهذا الكتاب.

واستحث الزميل الصديق المستشار (واصل علاء الدين) على مواصلة إصدار هذه المدونة الثرية بعلوم الشريعة وأحكامها التى دونها شيخنا المرحوم (أحمد بك إبراهيم) ليعم بها الانتفاع والاقتداء، وليجزل الله بها العطاء فى أخراه حسبما أنبأنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله الذى رواه أبوهريرة رضى الله عنه (٨).

«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

رحمه الله، وأجزل ثوابه، ونفع بعلمه.

المحرم ١٤٠٣هـ

نوفمبر ١٩٨٢م

شيخ الأزهر

جاد الحق على جاد الحق

---

(٨) رواه مسلم.

مقدمة الطبعة الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك يا مذلل الصعاب وميسر الأسباب، ونصلى ونسلم على سيدنا ومولانا محمد وعلى سائر الأنبياء والمرسلين «وبعد» فهذه قطعة من قسم المرافعات من كتابى المطول فى الشريعة الإسلامية بعد أن حذفت منها شيئاً من التفصيلات والتطبيقات والاستطرادات التتميمية لأجل الإيضاح - خشية الإطالة - اخترت هذه القطعة لتكون مفتاح البحوث الفقهية النافعة بمشيئة الله تعالى لطلاب قسم التخصص فى الشريعة الإسلامية بالأزهر المعمور والمعاهد الدينية العلمية الإسلامية، وإنما اخترت هذه القطعة لما فيها من المسايرة لبعض ما هو مقرر لطلاب السنة الثالثة من القسم المذكور من شرح التبيين على متن الكنز للزيلعى، ولأن موضوعها عملى حيوى. والله تعالى هو الذى يتولى هدانا وتوفيقنا لما يحبه ويرضاه.

أحمد إبراهيم إبراهيم

٦ رجب سنة ١٣٤٧ هجرية

١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ميلادية

الكتاب الأول

قواعد وتأصيل طرق الإثبات الشرعية

مقدمة تمهيدية

أقـــــول:

لأجل أن يكون القضاء صـحيحا منطبقا على الحق والعـدل ظاهرا وباطنا يشترط أن يحصل للقاضى حين فصل القضاء علمان.

(الأول) علمه بالحادثة التى يراد منه الفصل فيها علما منطبقا على الواقع.

(الثانى) علمه بحكم الله تعالى فى تلك الحادثة.

أما العلم الثانى فيحصل له من معرفته بالشريعة المطهرة من نصوصها القطعية أو بالاجتهاد فـيكون ما أداه إليه اجتهاده هو حكم الله فى الحـادثة على ما يبين فى محله فى كتب الأصول.

وأمـا العلم الأول فيـحصل له بأحـد أمريـن (أولهمـا) أن يشاهد الحـادثة بنفسـه ويحيط بها علما إحاطة تامة (ثانيهما) أن يصل إليه خبرها بطريق التواتر المفيد للعلم.

وبغير هذين الطريقين لا يستفيد علما وإنما يستفيد ظنا قويا أو ضعيفا، فإذا قضى بناء على ذلك كان قضاؤه فى حيز التردد بين الخطأ والصواب.

لكن لو اقـتصـرنا على هذين الطـريقين فقط من الأدلة لـتعطلت أكـثـر مصـالح الناس، لأن علم القاضى إذا تناول حـادثة أو اثنتين فإن آلافا من الحـوادث لا يتناولها علمه ولئن علم أمـرا بطريق التواتر المفيد لليـقين أن أمورا لا تحصى ينقطع بهـا السير عن أن تصل إلى علمه من هذا الطريق.

لذلك قـضت الحاجـة الشديدة جـدا التى دعا إليـها وجـوب المحافظة علي نـفوس الناس وأموالهم وأعراضهم بالقدر المستطاع أن تقبل الحجة الظنية ليبنى عليها القضاء.

وذلك لأننا نجد أنفسنا بين أمرين: أحدهما إهمال النظر فى الحوادث التى لم يقم على ثبــوتهـا عند القـاضـي دليل قطعى ويتـرتـب على هذا اخـتـلال نظـام العـالم واضطراب المعاملات وضياع أكثر الحقوق والفساد فى الأرض بأوسع معانيه وأجلى

مظاهره، وثانيهما: النزول عن تحتيم اشتراط العلم القطعى إلى الظن الراجح وقد يؤدى هذا- بعد بذل ما فى الوسع - إلى خطأ فى انطباق الأحكام على الواقع، لكن صوابه أكثر مع التحرى وطلب ما يقوى هذا الظن من وسائل الاحتياط.

وبالمقارنة بين هذين الأمرين نرى أنه من المتعين علينا اختيار الأمر الثانى ارتكابا لأخف الضررين وترجيحا لأقوي العلمين وعلى ذلك يلحق ما يفيد الظن الراجح بما يفيد العلم وبذلك تتسع دائرة الإثبات.

وقد لاحظت الشريعة الحكيمة ذلك فقررت أن يبنى القضاء على الحجة الظنية بعد أخذ الحيطة لذلك بأقصى ما يستطاع وألا تتعطل مصالح الناس، كما يبنى على الحجة القطعية إن وجدت.

فأجازت للقاضى بناء حكمه على شهادة الشهود العدول وإقرار المدعى عليه مع احتمال كذب الشهود العدول المزكين فيما شهدوا به واحتمال كذب المقر فى إقراره لغرض ما، لكن جانب الصديق فى شهادة العدول أرجح من جانب الكذب ظاهرا وغالبا ويبعد فى مجارى العادات أن يكذب الإنسان فى إقراره على نفسه بحق يلزمه ولا عبرة بالأحوال النادرة أو القليلة التى يختار فيها الإنسان الإقرار على نفسه كاذبا ملتزما ضرر ما أقر به اتقاء لضرر أكبر أو جلبا لمصلحة أرجح من ذلك في نظره وتقديره لاعتبارات يراها هو ويقتنع بها (١)

وبالجملة فقد راعت الشرعية مواضع الضرورة والحاجة فرخصت حيث يدعو الأمر إلى الترخيص مراعية الأرجح فى مصالح العباد من كل جانب. فبعد أن أجازت بناء القضاء على الحجة الظنية كشهادة الشهود المبنية على المعاينة والمشاهدة نزلت عن ذلك فأجازت الشهادة بالتسامع، والشهادة على الشهادة، وشهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه الرجال، وإذا كانت مشيئة الخالق العليم قاضية أن يكون العالم هكذا فليس فى الإمكان أبدع مما كان.

---

(١) أو يلتزم ضد نفسه بالإقرار متحملا الحكم عليه بالعقوبة فى مقابل جعل يأخذه من المجرم الحقيقى.

الباب الأول

معنى

الدليل والإثبات والثبوت

الباب الأول

معنى الدليل والاثبات والثبوت

(١) الدليل:

معناه فى اللغة المرشد.

ومعناه فى الاصطلاح هو ما يلزم من العلم به العلم بشىء آخر.

فإذا أعلم المدعي القاضى بحجته على دعواه لزم من علم القاضى بتلك الحجة مع اقتناعه بها علمه بصدق دعوى المدعى فيما ادعاه.

(٢) الإثبات والثبوت:

الإثبات هو إقامة المدعى الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه.

والثبوت هو قيام الحق المدعي.

فالإثبات فعل يصدر من المدعى وهو قائم بذاته وصادر عنه والثبوت وصف قائم بذات الشىء المدعي قبل المدعى عليه.

وأثر ذلك أن يحكم القاضى للمدعى عليه بما ادعاه متى استوفت الدعوى كل شروطها الشرعية.

هذا.. وليعلم أنه لا يلزم من الثبوت عند القاضى الثبوت فى الواقع ونفس الأمر كما فى القضاء المبنى على شهادة الزور أو على القرائن التى تراءى للقاضى أنها قوية وقاطعة لكن الواقع أن استنتاجه ما استنتجه منها كان استنتاجا خاطئا فى الواقع، فكم من دماء أهدرت.. وحرمات استحلت وأموال أكلت ظلما بناء على قضاء بصدق دعوى باطلة وإثبات كاذب، وهذا أمر لا يمكن تلافيه فى كل الصور الجزئية لابتناء القضاء فى أكثر الأحوال على الأدلة الظنية- ولا مخلص لنا من ذلك كما سأبينه بعد.

كذلك قد يكون مـا يدعيه المدعي ثابتا فى الواقع ونفس الأمر لكنه قـد يعجز عن إقامة الدليل علي دعواه أو يقيم الدليل ولا يقتنع به القاضى فتضيع الحقوق أيضا من هذا الطريق، وبحق قيل «لا يلزم من عدم الدليل عدم المدلول».

ومما تقدم تعلم أنه لا تلازم بين الثبوت والإثبات فى الواقع ونفس الأمر.

وقـد يضل القاضى عن مـعرفـة الحكم الشـرعى فى الحادثة، أو يعـرفه ويتـعمـد مخـالفته لغرض مـا فيكون مخطئا أو خـاطئا فى تطبيق مـا حكم به على الحادثة التى حكم فيها.

الباب الثانى

آراء
فقهاء الشريعة
فى إطلاق الأدلة وتقييدها

آراء القائلين بالإطلاق

آراء القائلين بالتقييد

مقدمة

ذهب بعض كبـار الفقهـاء إلى إطلاق الأدلة فأجازوا إثبـات أية دعوى بأى دليل كان.

وذهب جمهورهم إلى القول بحصر الأدلة فى طائفة معينة.

وهاك جـملة القول فى ذلك مع المـوازنة بين أدلة الفريقين من الـناحيـتين النظرية والعملية ومقارنته بما عليه الحال فى القوانين الوضعية، والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

ثم بيان مـا كان عليه الحـال من قبل فى اللائحة الشـرعية.. (المرسـوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) والمحاكم الشرعية.

الفصل الاول

آراء القائلين بالإطلاق ودليلهم

جملة ما قاله هؤلاء أن الغاية من حكم الحاكم أن يكون عادلا فيعطى كل ذى حق حقه فبأى طريق أمكن الوصول إلى هذا فثم شرع الله وأن الله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته وإعلامه بشىء ثم ينفى ما هو أظهر منه وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله من طرق إثبات الحق ولا يحكم عند وجود شىء من ذلك وقيامه بموجبه.

بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأى طريق استخرج بها العدل والقسط هى من شرع الله ودينه ليست مخالفة له (٢)

والبينة فى كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهى أعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين ولا حجر فى الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه فيقع من ذلك الغلط فى فهم النصوص وحملها على غير مراد المتكلم.

وقد حصل بذلك للمتأخرين أغلاط شديدة فى فهم النصوص ونذكر من ذلك مثالا واحدا وهو ما نحن فيه -لفظ البينة- فإنها فى كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى «لقد أرسلنا رسلنا بالبينات» وقال «وما أرسلنا من قبلك إلا رجالا توحى إليهم فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون بالبينات» وقال «وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البنية» وقال «قل إنى على بينة من ربى» وقال «أفمن كان على بينة من ربه» وقال «أم آتيناهم كتابا فهم على بينة منه» وقال «أولم تأتهم بينة ما فى الصحف الأولى» وهذا كثير لم يختص لفظ البينة بالشاهدين

---

(٢) انظر الطرق الحكمية لابن القيم.

بل ولا يستعمل فى الكتاب فيهما البتة. إذا عرف هذا فقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم للمدعى «ألك بينة» وقول عمر «البينة على المدعى» وإن كان هذا قد روى موضوعا المراد به ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة. فإن الشارع فى جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التى هى أدلة عليه وشواهد له ولا يرد حقا متى ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة فى تخصيصه مع مساواة غيره له فى ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن جحده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة فى صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له يكشف رأسه فبينه الحال ودلالته هنا تفيد ظهورصدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ويضيع حقا يعلم كل واحد ظهوره وحجته بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين وصار الظالم الفاجر ممكنا من ظلمه وفجوره ويفعل ما يريد ويقوم لا يقول على بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده (٣) وحينئذ أخرج الله أمر الحكم العام من أيديهم وأدخل فيه من أمر السياسة والإمارة ما يحفظ به تارة ويضيع به أخرى ويحصل به العدوان تارة والعدل أخرى ولو عرف ما جاء به الرسول على وجهه لكان فيه تمام المصلحة المغنية عن التفريط والعدوان وقال فى موضع آخر: فالطرق التى يحكم بها الحاكم أوسع من الطرق التى أرشد الله صاحب الحق إلى أن يحفظ حقه بها.

وعليه فلا يلزم من الأمر باستشهاد رجلين أو رجل وامرأتين فى الديون وقت

---

(٣) نقل الشيخ عبدالقادر الشفشاونى المغربى رحمه الله فى كتابه شمس الهداية فتاوى كثيرة عن علماء مذهب مالك المغاربةتتضمن الضرب على أيدى المفسدين وإلا تتبع معهم قاعدة «البينة على المدعى» ثم قال: ولقد سلك هذا المنهاج سلطان وقتنا فى مغربنا الإمام المحسان مولاى الحسن فقد أصدر أمره بأن من بات بناحية وسرق بليل أو غصب بنهار يذهب إلى حاكم تلك الناحية ويحلف لقد سرق أو غصب منه كذا ويقبض ماله من المباشر أو المتصرف فى الناحية.

والمباشر والمتصرف يلزمان أهل القرية التى وقعت فيها فقل التشكى وكاد أن ينقطع.

التحمل ألا يحكم الحاكم بذلك الدين أن ثبت من طريق آخر كالنكول أو بشاهد ويمين المدعى على ما ذهب إليه بعض الأئمة كالشافعي.

بل الواقع أن القاضى لا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر وهذا بإجماع العلماء.

قال ابن القيم: وقد ثبت فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه سأله عقبه بن الحارث فقال إنى تزوجت امرأة فجاءت أمة سوداء فقالت إنها أرضعتنا فأمره بفراق امرأته فقال إنها كاذبة، فقال دعها عنك: ففى هذا قبول شهادة المرأة الواحدة وإن كانت أمة وشهادتها على فعل نفسها (٤) وهو أصل فى شهادة القاسم والخارص (٥) والوزان والكيال على فعل نفسه وهذا أصل عظيم يجب أن يعرف غلط فيه كثير من الناس فإن الله سبحانه أمر بما يحفظ به الحق فلا يحتاج معه إلى يمين صاحبه وهو الكتاب والشهود (فى آية المداينة) لئلا يجحد الحق أو ينسى ويحتاج صاحبه إلى تذكير من لم يذكر أما جحودا وإما نسيانا ولا يلزم من ذلك أنه إذا كان هناك ما يدل على الحق لم يقبل إلا هذا الطريق التى أمره أن يحفظ حقه بها.

---

(٤) قارن هذا بما جاء فى المذهب من أن حجة الرضاع هى حجة المال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وأجازوا أن تكون المرضعة أحداهما (انظر البحر ورد المحتار) ثم قارنه أيضا بما قالوه من اشتراط الحرية فى الشاهد ولنا فيه كلام واف ستراه فى شروط أداء الشهادة وقد نقل فى شرح الوهبانية أن شهادة المرضعة لا تقبل عند أبى حنيفة وأصحابه ووفق ابن عابدين بين هذا وما تقدم من أنها لا تقبل إذا كانت وحدها فتأمل.

(٥) الخارص هو الذى يقدر عدد الشىء بالظن ومنه خرص النخلة إذا حزر ما عليها والفعل من باب نصر.

الفصل الثانى

آراء القائلين بالتقييد ودليلهم

جملة القول فيما ذهبوا إليه :

(أولا) ان النصوص وردت بالشهادة واليمين فوجب الوقوف عند ما جاءت به النصوص، وأما الإقرار فهو الزام المدعى عليه نفسه بما ادعاه المدعى وهذا لا يمنع منه الشرع متى كان المقر أهلا للاقرار (٦) وكذلك بعض الأدلة جاء بها الشرع كالقسامة (عند الجميع) وبعض الأدلة الأخرى عند بعضهم كالقيافة والقرعة والقرائن.

(ثانيا) إذا فتح باب الأدلة ولم يقيد بطائفة معينة تطمئن إليها نفوس الناس كانت أرواح الناس وأموالهم عرضة للضياع والاتلاف لأن حاكما ظالما لا يعدم أن يقول ثبت عندى كذا بأمارة كذا. من أجل هذا وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها.

وقد رد ابن القيم على هذا فى كتابيه (الطرق الحكيمة وأعلام الموقعين بما رآه كافيا) وقد ذكرنا خلاصته فيما تقدم.

وينظر إلى ما لاحظه جمهور فقهاء الشريعة ما قاله أحمد فتحى باشا زغلول فى شرحه للقانون المدنى. قال رحمه الله الأصل فى الدليل الإباحة أعنى أن للإنسان استنباطه من كل فعل أو حال يوصل إلى بيان الحق وإثباته، إلا أن من الأعمال ما لو ترك دليله لمجرد الاجتهاد يتطرق إليه الاضطراب ويدعو إلى طول النزاع فيكثر الفساد ولا تستقيم أحوال الناس. لذلك اضطر القانون الى بيان ما يجوز قبوله وما لا

(٦) وقد حكم النبى صلى الله عليه وسلم على من أقر عنده بالزنا بناء على اقراره.

يجوز من الأدلة فى أحـوال مخصوصـة. من هنا انقسم الدليل قسمين، قـضائى وهو الذى عرفه القانون، وبين أحواله وقرر أوضاعـه، وغير قضائى وهو ما أهمله الشارع ولم يرتب عليه حكما أو منعه بنص صريح.

وقال أيضا فى شرح القانون ما نصه: ليس لكل ذى حق أن يختار ما يرضاه من طرق الإثبات دليلا على حقه بل من الأدلة ما منعه القانون ومنها ما خصصه: فمنع الاقرار واليمين والشهادة والقرائن والمحررات العرفية ذات التاريخ غير الثابت فى إثبـات الهبـة (المادة ٤٨) وفى إثبـات الحـيازة ان كـان الرهن منقـولا (المادة ٥٤٩) ومنع الأربعة الأولى والمحررات العرفية غير المسجلة فى رهن الحيازة إن كان عقارا ومنع ذلك كله فى الرهن العـقارى فلم يقبل عليـه دليلا إلا السند الرسـمى المحرر فى قلم كـتاب المحكمـة (المادة ٥٥٧) ومنع الشـهادة والقـرائن مطلقا فى الاجـارة (المادة ٣٦٣) وخصص الشهـادة فى جميع الأحوال الأخرى بما لاتزيد قيـمته على ألف قرش إلا استثناءات بينها على سبـيل التحديد. ثم قال بعد ذلك: إن هذا المنع والتخصيص قاصران على التعهدات الآتية من طريق اتفاق العاقدين. وأما الوقائع المادية والحوادث القهرية فالخصـوم أحرار يختارون من الأدلة ما يمكنهم من إثبات حقهم كالتعديات والغرق والحريق والجرائم بل قد يكون بعض هذه الحوادث سببا فى إباحـة الممنوع كمـا فى الشهـادة على الدين إذا فقـد سنده بغصـب أو غرق أو حريق أهـ (٧).

وأما الأدلة التى جـعلها جمهور فـقهاء الشريعـة طرقا للإثبات لا يجوز تخـطيها فمنها ماهو متفق عليه كالشهادة والإقرار والقسامة ومنها ما هو مختلف فيه كالقرائن والدليل الكتابى واليمين والنكول والقيافة والقرعة.

---

(٧) الأدلة الثلاثة الإقرار والشهادة والنكول لا تقبل كلها فى دعوى بل فى بعض الدعاوى يقبل بعضها دون البعض.

وسترى كل أولئك مفصلا فيما سيأتى.

وبالمقارنة بين ما ذهب إليه كل من الفريقين نرى أن رأى الفريق الأول وأدلته أقوى من الناحية النظرية ولكن رأى الفريق الثانى حسن من الناحية العملية.

وقد كانت المحاكم الشرعية المصرية لا تعتمد من الأدلة إلا شهادة الشهود ونكول المدعى عليه عن اليمين واقراره ثم ضم إلى ذلك الأدلة الكتابية رسمية وعرفية ثم ضم إلى ذلك أخيرا بناء الحكم الشرعى على القرائن، وأطلق للقاضى الموازنة بين أدلة طرفى الخصومة على ما سترى ذلك مبينا فى محله أتم بيان.

الباب الثالث

من يلزم
بإقامة الدليل

على من يكون عبء الإثبات

الشهادة على النفى

الفصل الأول

على من يكون من الخصمين عبء الإثبات

الأصل براءة الذمة

فمن ادعى على غيره حقا أو قولا ملزما بحق أو فعلا كذلك فعليه الدليل، فأن دفع المدعى عليه دعواه فعليه إقامة الدليل على ما دفع به.

وهذا الأصل قد اتفقت عليه الشرائع الإلهية والقوانين الوضعية فهو مؤيد بالشرع وبالعقل جميعا. عن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى». رواه البخارى ومسلم والبيهقى باسناد صحيح «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

فإذا أثبت المدعى شغل ذمة المدعى عليه بما ادعاه فى زمن مضى كأن قال لى فى ذمة فلان هذا ثمن مبيع مقداره مائة جنيه «مثلا» بعته أياه منذ شهر وأتى ببينة على ذلك اعتبرت ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين إلى الآن بحكم الاستصحاب والثابت بالاستصحاب حجة لابقاء الثابت وان لم يكن حجة لإثبات ما لم يكن [٨] وعلى ذلك فلا تبرأ ذمة المدعى عليه الا اذا اقام البرهان على براءة ذمته من بعد شغلها به.

وقد حذا القانون حذو الشريعة فى ذلك. قال فى الشرح. الدليل واجب على من يدعى حقا أو أمرا يؤيد الحق أو ينفيه والقاعدة فيما يختص بالتعهدات عدم وجودها فمن ادعى على غيره تعهدا فعليه البرهان. وهذا معنى قولهم البينة على من ادعى.

ومقابل ذلك إذا ثبت التعهد أصلا فالمفروض بقاؤه وعلى المتعهد إذا ادعى البراءة منه أن يقيم البرهان على ما يدعى.

---

(٨) انظر الفتح والعناية فى الشهادة على الارث وفى اختلاف الشهادة وأنظر التوضيح والتلويح فى الاستصحاب.

وتتلخص القاعدة بشقيها فيما يأتى: البرهان على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا فالأصل عدم التعهد والعرض وجوده، والاصل فى الملك انه تام وخال من حقوق الغير عليه، فمن ادعى حقا على ملك غيره وجب عليه الدليل كما قدمنا (٩). ثم قال: وعليه يتبين أن المراد بالمدعى غير المفهوم منه عادة فهو هنا كل خصم يدعى على خصمه أمرا لا فرق بين شاك ومشكو. (مثلا) ادعى زيدا دينا على بكر. زيد مكلف باثبات دعواه أى أنه أدان بكرا فى مبلغ كذا يوم كذا فى مكان كذا فإن دفع زيد بوفاء الدين لزمه اقامة البرهان على براءة ذمته منه، وهو إما أن يقدم سندا موقعا عليه من خصمه أو وقائع يترتب على ثبوتها صحة براءته، فإذا عارضه زيد بوقائع أخرى فعليه إثباتها وهكذا أهـ.

أقول: هو يريد أن يقول إن المدعى عليه يصير مدعيا إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعيا ثانيا عند دفع الدفع وهكذا. ثم ذكر مثالا آخر وهو: ادعى زيد عقارا فى يد بكر. زيد مكلف بإثبات ملكه فإن دفع بكر برهنة تحت يده على دين له قبل زيد لزمه اثبات الدين واثبات الرهن لأنه مدع أمرين يردان دعوى زيد ولزيد فى هذه الحالة أن يدفع ببراءة ذمته من الدين وسقوط الرهن، وقد يبرهن على ذلك بأوراق يدعى بكر أنها مزورة فعليه إقامة بينة التزوير وهكذا أ هـ.

قال فى الأشباه وحاشية الحموى والدر ورد المحتار وتكملته ما حاصله: لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا فى ثلاث (١) رجاء الصلح بين المتخاصمين سواء أكانوا أقارب أم أجانب لان القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه ما أمكن لكن لا يؤخر ذلك أكثر من مرتين فإن لم يطمع فى الصلح أنفذ القضاء.

(٢) إذا حصل له ريبة فى الشهود فله أن يؤجل الحكم حتى يتثبت

(٣) الثالث أن يستمهله المدعى حتى يحضر له بينة، أو يستمهله المدعى عليه ليحضر بينة له على الدفع فإنه يجيبه ولا يعجل بالحكم.

---

(٩) مادة - ١ - من قانون الإثبات «على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه».

- مادة ٣ فقرة ١ من مشروع قانون الاثبات «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

وزاد البيرى عن الخلاصة مسألة أخرى وهى: إذا لم يعتمد القاضى فتوى أهل مصره فيبعث الفتوى إلى مصر آخر فإنه لا يأثم بتأخير الحكم. ثم ان كان الشهود فسقة كان للقاضى أن يقضى بشهادتهم (وقد بينا ذلك فى شروط أداة الشهادة) فلو لم يقض بشهادتهم فلا الزام، أما إذا كان الشهود عدولا مزكين فإنه يجب عليه القضاء بشهادتهم فورا إلا إذا رجا الصلح او استمهل او انتظر الفتوى على ما تقدم، فإن لم يكن شيء من ذلك وقد آخر القضاء فإنه يأثم لتركه الواجب، ويستحق العزل لفسقه، ويعزر لارتكابه ما لا يجوز شرعا.

وفى القانون: القاضى حر فى تقدير الدليل المقدم إليه يأخذه إن اقتنع به ويطرحه إذا تطرق الى وجدانه الشك فيه حتى الاقرار وهو أقوى الأدلة فى مذهب بعضهم موكول لعهدة القاضى، وقد يأباه على صاحبه إذا تبين له أنه مخالف لما ثبت لديه كمن يعترف أنه أتى أمراً فى زمان كان مسجوناً أو أقترض الدين ممن ليس بيده سند إضراراً بذى دين ثابت. غير أن من الأدلة ما يصعب على القاضى الاعراض عنه، ومنها ما يسهل تركه. والقاعدة ان كل شيء جائز قانونا لم يطعن فيه الخصم المقام فى وجهه مسلم من القضاء، فإذا حصل الطعن من الطريق المشروع ظهر اختيار القاضى فى الترجيح. مثلا ادعى زيد أن له دينا وقدم سندا موقعا من المدين ولم يطعن هذا فيه بعدم صحة التوقيع ولم يقدم بيانا على فساده تعسر على القاضى ألا يأخذ به، فإن طعن أو برهن على الفساد كان له أن يقبل الطعن أو يرفضه بعد تحقيق وقائعه وأحواله. (١٠)

ومن المقرر عند فقهاء الشريعة أنه إذا جاء كل من الخصمين بحجة فترجيح إحدى الحجتين على الأخرى ليس موكولا لرأى القاضى بل لذلك قواعد وضوابط وتفصيلات بينها الفقهاء. (١١)

---

(١٠) انظر رسالة الإثبات لنشأت بك.

(١١) انظر كتابى ترجيح البينات للشيخ غانم البغدادى، والسيد محمود حمزة، وكتاب القول لمن لنوعى زاده وغيرها من الكتب التى عنيت بذلك.

وقد أفضت القـول فيها وشـرحتها شرحـا حسنا وافيا فى دعـوى الرجلين وترجيح البينات وأنك لتجـد فى بعضها خلافا ناشـئا عن اختلاف النظر فى الترجيح وهـو كثير وقد اتعب الفقهاء أنفسهم وأراحوا القضاة.

ثم إذا ادعى المدعى دعواه فدفـعها المدعى عليه دفعاً مقـبولاً طولب بدليل الدفع فإذا جاء به اندفعت عنه دعوى المدعى.

وليس القاضى مـخيراً بين قـبول الدفع الصحـيح ورده بل هو ملزم بسماعـة والبينة عليه سواء كان قبل الحكم أم بعده، وقبل الجواب فى الموضوع أم بعده.

وبالجملة فليس لقضاة الشريعة من الحرية فى هذا المقام ما لقضاة القانون.

وفى القانون: الـقاضى حكم عدل بين الطـرفين يزن حجـة كل منهمـا ويفصل فى الخصومة بتـرجيح إحدى الحجتين، وليس له أن يحكم بعلمـه الخاص لأنه ليس شاهدا فى الخصومة «انظر ما سيأتى فى علم القاضى» بهذا المبدأ أمن القانون تطرف القضاة فى أحكامهم وحيدتهم عن الحق سهوا أو عمدا، وتساوى الخصمان أمام القضاء، فالدعوى سجـال بينهما يحج الواحـد منهم غريمه بمـا يسر له القانون من وسـائل الإثبات وطرق الاقناع. والقضاء ميزان ترجح إحدى كفتيه على الأخرى بما يثقلها من أدلة أحدهما.

وينبغى أن تعقد هنا مقارنة بين تلك الحرية التى أعطيها قضاة القانون، وذلك التقييد الذى قيـد به قضاة الشـرع فى الأخذ بالأدلة وردها، وفى ترجـيح احدى الحجـتين على الأخرى، وكذا فى الموازنة بين بينة النفى وبينة الإثبات.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

ـ قواعـد الاثبات لـيست من النظام العـام، جـواز الاتفاق صـراحة أو ضـمنا على مخالفتها. (١)

---

(١) الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٦٤ق أحوال شخصية جلسة ٢٥/ ٥/ ١٩٩٨

، الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٦٠ق مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨ ص١٠٠١

، الطعن رقم ١٣٢٥ لسنة ٥٨ق مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٦ص - ٦١٢

، الطعن رقم ٢٤ لسنة ٦٠ق احوال شخصية مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ص ٢٤٨

- الأصل هو براءة الذمة وانشغالها عارض ويقع الاثبات على عاتق من يدعى ما يخالف الثابت أصلا مدعيا كان أو مدعى عليه.(٢)

- تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود. من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك. عدم التزامها من بعد بتتبع مناحى دفاع الخصوم والرد عليها استقالا.(٣)

- تقدير أدلة الدعوى وبحث الدلائل والمستندات وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه منها. من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما جاء استخلاصها سائغا لا يخالف الثابت بالأوراق.(٤)

---

(٢) الطعن رقم ٢٥٢ سنة ٣٣ق، ٢٨ سنة ٣٤ق جلسة ٢٤/ ١/ ١٩٦٧ مجموعة القواعد فى خمسين عاماً ص١٥٢ قاعدة ٣٧
، الطعن رقم ٦٨٣٤ لسنة ٦٢ق مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨ص ١٧١
، الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٦٦ق مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨ ص ١١٣٩
، الطعن رقم ٢١٣٧ لسنة ٦٠ق مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٦ص ٣٠٢
، الطعون ارقام ١٧٩٩، ٢٠٩٧، ٢٢٤٣ لسنة ٦٢ق مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ق ٧١٢
(٣) الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٠/ ٥/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ٣٩٣٥ لسنة ٦٠ق مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ص ٨٩
، الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٦٢ قضائية - احوال شخصية - جلسة ٨/ ٧/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ٤٩ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٩/ ١/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٦٢ قضائية - احوال شخصية - جلسة ٢٥/ ٣/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ٥٣ لسنة ٦٢ قضائية - احوال شخصية - جلسة ٢٧/ ١١/ ١٩٩٥
(٤) الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٨/ ١/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٦٢ قضائية - احوال شخصية - جلسة ٨/ ٧/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ٩٧ لسنة ٦٢ قضائية - احوال شخصية - جلسة ٢٢/ ٤/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٦٢ قضائية - احوال شخصية - جلسة ١٣/ ٥/ ١٩٩٦
، الطعن رقم ٤٢٩ سنة ٣٧ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٢/ ٣/ ٧٣
مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٣٩١ - ٤٠٨ قاعدة ٩٥١ - ١٠٥٠

- من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديما صحيحا وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما يطمئن اليه منها وفى استخلاص ما يراه متفقا مع واقع الدعوى دون رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض طالما جاء استخلاصه سائغا من أدلة لها أصلها الثابت فى الأوراق. (٥)

عدم التزام المحكمة بإيراد النص الكامل للشهادة بأسباب حكمها. حسبها الإشارة إلى مضمونها. (٦)

- إجراء التحقيق ليس حقا للخصوم. لمحكمة الموضوع عدم الاستجابة إليه دون أن تلتزم ببيان سبب الرفض. (٧)

---

(٥) الطعن رقم ٤٣س ٦١ق - أحوال شخصية - جلسة ٣١/ ١/ ١٩٩٥

، الطعن رقم ٢٩ سنة ٥١ق - أحوال شخصية - جلسة ١٦/ ٢/ ١٩٨٢

(٦) الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٦٦ق - أحوال شخصية - جلسة ١٧/ ٣/ ٢٠٠١

(٧) الطعن رقم ١١٥ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٢/ ٤/ ١٩٩٦

، الطعن رقم ٢ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ١٨/ ١٢/ ١٩٩٥

، الطعن رقم ٧١ سنة ٦٥ق - احوال شخصية - جلسة ٢٠/ ١/ ٢٠٠١

الفصل الثانى

الشهادة على النفى

الأصل فى البينات أنها للاثبات. وأما النفى فإن كان نفياً مطلقاً فلا معنى لاقامة البينة عليه فاذا ادعى زيد أن له فى ذمة بكر مبلغ كذا فلا معنى لأن يقيم بكر بينه على أنه لم يستدن من زيد شيئاً لأن هذا نفى لا يحيط به علم الشاهد، والأمر فى هذا بديهى جداً.

غير أن الفقهاء أجازوا قبول الشهادة على النفى المطلق فى أحوال قضت بها الضرورة وتكون الشهادة حينئذ على نفى العلم لا على البتات. من ذلك الشهادة على حصر الورثة وأنه ليس للمتوفى وارث غير من ذكروا فى الدعوى. والعقل يجوز أن يكون له ورثة آخرون لكن لو تركت قسمة التركة حتى يتيقن من أنه لا وارث له غير هؤلاء فلا تقسم تركة أبدا وذلك لقيام هذا الاحتمال دائماً. ومن ذلك الشهادة على الافلاس إذ يجوز عقلا ان يكون للمحكوم بافلاسه اموال خفية غير أمواله الظاهرة وهو يكتمها ولذا يكتفى من الشاهد بالشهادة على نفى العلم أيضا.

وأما النفى المقيد فإن كانت الشهادة عليه لم تبلغ إلى درجة التواتر فهى غير مقبولة فى مذهب أبى حنيفة وأن بلغت حد التواتر قبلت ووجب العمل بها وقدمت على شهادة الإثبات.

قال فى البزازية شهدا أنه استقرض من فلان فى يوم كذا فى بلد كذا فبرهن على أنه لم يكن فى ذلك المكان بل كان فى مكان آخر لا يقبل، لأن قوله «لم يكن فيه نفى صورة ومعنى، وقوله: «بل كان فى مكان كذا» نفى معنى. وأصله ما فى النوادر عن الثانى شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك اجارة أو مبيع أو اطلاق او عتاق أو قتل أو قصاص فى مكان وزمان وصفاه فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا يقبل.

لكن قال فى المحيط أن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك الزمان فى ذاك المكان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ ذمته، لأنه يلزم تكذيب الثابت الضرورة، والضروريات مما لا يدخله الشك عندنا أ هـ وقد نقله الحموى فى حاشيته عن الاشباه وأخذت به جمعية المجلة فى المادة (١٦٩٩) ونصها العربى هو: انما البينة مشروعة لاظهار الحق، بناء عليه لا تقبل الشهادة بالنفى الصرف كقوله فلان ما فعل هذا الامر والشيء الفلانى ليس لفلان، وفلان ليس بمديون لفلان ولكن بينة النفى المتواتر مقبولة «مثلا» لو ادعى بأنى اقرضت فلانا فى الوقت الفلانى كذا مقدارا من الدراهم وأثبت المدعى عليه بالتواتر انه لم يكن فى الوقت المذكور فى ذلك المحل بل كان فى محل آخر تقبل بينة التواتر ولا تسمع دعوى المدعى. أ هـ وعلل ذلك فى شرحها بأن الشهرة فى النفى حجة كما فى الاثبات، واذا كان امرا مشهورا فالقاضى عالم بكذب الشهود وإذ لم يجز له القضاء بشهادتهم عند تمكن تهمة الكذب فعند العلم بكذبهم أولى «على أفندى عن المبسوط».

لكن يؤخذ مما قاله صاحب الفتح أن النفى إذا كان مما يحيط به علم الشاهد تقبل الشهادة عليه. ومثال ذلك أن يقول الخاطب لمخطوبته «وقد عقد زواجها مع أبيها وهى بكر» بلغك عقد الزواج فسكت «أى رضيت بسكوتك» فقالت بل رددت فأقام البينة على سكوتها عمل ببينته

وعلله فى الفتح بتعليلين «أولهما» أن الشهادة لم تقم على النفى بل قامت على حالة وجودية فى مجلس يحاط بطرفيه «الثانى» أننا نسلم أنها قامت على نفى لكنه نفى يحيط به علم الشاهد فقبل أ هـ.

أقول لكن التعليل الثانى يتعارض مع ما قاله فى الهداية، ونقله عنه فى الاشياه من أنه لا فرق فى عدم قبول الشهادة على النفى بين أن يحيط علم الشاهد به أولا كما إذا قال: عبدى حر ان لم أحج هذا العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق بناء على أنه نفى معنى اى انه لم يحج.

كذلك لو تعارضت بينتا نفى واثبات رجحت بينة الاثبات بل لا يلتفت الى بينة النفى أصلا كما فى مثال البزازية السابق وكما فى المثال الآتى - قالت الظئر أنها أرضعت الطفل بلبن نفسها وقال أبوالطفل انها ارضعته بلبن شاة، واقام كل من الطرفين بينة فبينة الظئر اولى.

وفى كتاب نزهة الخاطر فى علم الأصول ما نصه ـ كل شهادة نافية أسندت إلى علم بالنفى فإنها تعارض المثبتة لانها تساويها اذ هما فى الحقيقة مثبتتان لأن أحدهما تثبت المشهود به والأخرى تثبت العلم بعدمه فتتعارض البينتان ويطلب المرجح من الخارج. ثم قال وهذا المذهب هو الذى نختاره وكان قد حكى قبل ذلك ان فى المسألة آراء أخرى. وهذا كله فى مذهب الامام احمد.

وبعد فأقول أن لى نظرا فى اهدار شهادة النفى دائما إذا عارضتها شهادة اثبات وعدم اعتبارها اصلا إذا تجردت عن ان تكون ضمن اثبات او فى معنى الاثبات. فلو أن شهود النفى الذى يحيط به علم الشاهد كانوا اكثر عددا أو أزيد عدالة من شهود الاثبات وقامت القرائن لدى الحاكم شاهدة برجحان قولهم على قول شهود الاثبات - لو ان الامر كان كذلك لم لا تندفع شهادة شهود الاثبات وترجح عليها شهادة النفى التى امتازت عنها بكثرة العدد أو قوة العدالة؟ نعم ان اصحابنا رحمهم الله لا يرجحون بزيادة العدالة ولا بكثرة العدد لكن النفس تكاد لا تطمئن الى التسوية بين بينتين اشتركتا فى اصل العدالة ثم ترجحت احداهما على الاخرى بزيادة فى العدد أو فى قوة العدالة ولو كانت تلك الزيادة فى جانب شهادة النفى، ويكاد العلم الضرورى يكون حاصلا بالفرق بين الطائفتين.

على أن آخرين من غير أصحابنا من الأئمة الكبار كمالك والأوزاعى والشافعى رضى الله عنهم أجمعين رأوا الترجيح بزيادة العدالة، أو كثرة العدد، أو تعضيد الظاهر «انظر ترجيح البينات» فلم لا تتبع آراء هؤلاء ويعمل بها إذا

ثبت أن جانبها هو الراجح والمسألة اجتهادية محضة. وأن من العدل أن يوكل أمر الترجيح فى مثل هذا إلى القاضى بما يستنتجه من القرائن المحتفة بالدعوى والجواب عنها وشهادة الشهود وحال كل من المدعى والمدعى عليه وعلاقة أحدهما بالآخر وما يتصل بذلك.

فالذى تلخص عندى أن بينة النفى يجب أن تقبل فى موضعين:

(الأول) إذا توافرت فيها شروط التواتر وهذه لا مرد لها بالاجماع.

(الثانى) أن تكون على نفى يحيط به علم الشاهد كما قدمناه عن الفتح.

ولا عبرة بما قاله فى أيمان الهداية ونقله عنه فى الأشباه من أنه لا فرق فى عدم قبول الشهادة على النفى بين أن يحيط علم الشاهد به أولا كما إذا قال عبده حر أن لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق بناء على أنه نفى معنى، بمعنى أنه لم يحج أ هـ. وذلك لأن من يقبل الشهادة على الشرط المنفى يجب عليه أن يقبل الشهادة على كل نفى يحيط به علم الشاهد، لأن تناول علم الشاهد لكل منها واحد، ودعوى الفرق بينهما تحكم وتفريق بين متساويين من حيث تناول الشهادة كلا منهما.

وهو الأصل فى قبول الشهادة وردها (١) وأما النفى الذى لا يحيط به علم الشاهد، فالشهادة به مردودة بالبداهة. (٢)

---

(١) ومما يوضح هذا أن نقل الترك عنه صلى الله عليه وسلم مقبول ومعدود من السنة كنقل الفعل. ومن أمثلة ذلك نقلهم عنه أنه لم يغسل شهداء أحد وأنه لم يكن أذان ولا اقامة فى صلاة العيد الى غير ذلك. أليس هذا كشهادة النفى الذى يحيط به علم الشاهد. وان من العجب ان يرد قوم مثل هذا فى شهادة بعض الاشخاص على بعض فى امر جزئى وهم يقبلونه فى نقل الاحاد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمر كلى ملزم لجميع الأمة «انظر اعلام الموقعين».

(٢) قد تقبل الشهادة على النفى المطلق ضمنا إذا غلب على الظن اعتقاده كالشهادة بأن ميراث فلان الميت انحصر فى ورثته المذكورين فى الدعوى وأنه لا وارث له سواهم فقد يجوز عقلا ان يكون له ورثة آخرون لكن لو تركت قسمة التركة حتى يظهر كل ورثته فلا تقسم تركة أبداً لعدم انتفاد هذا الاحتمال ومن أجل ذلك قبلت الشهادة واكتفى بأن تكون شهادة على العلم لا على البتات.

والموازنة بين بينتى النفى والإثبات إذا تعارضتا يجب أن يوكل أمرها إلى القضاء كما قد قدمنا (٣) هذا هو الذى يجب الأخذ به على ما أرى.

وما أحسن ما نقله فى معين الحكام عن القرافى المالكى قال: اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفى غير مقبولة وفيه تفصيل. فان النفى قد يكون معلوماً بالضرورة أو بالظن الغالب الناشىء عن الفحص وقد يعرى عنهما فهذه ثلاثة أقسام:

(الأول) تجوز الشهادة به اتفاقا كما لو شهد أنه ليس فى هذه البقعة التى بين يديه فرس ونحوه فإنه يقطع بذلك، وكذلك يجوز أن يشهد أن زيدا لم يقتل عمراً بالأمس لأنه كان عنده فى البيت ولم يفارقه، وأنه لم يسافر لأنه رآه فى البلد. فهذه شهادة صحيحة بالنفى، أقول وهذا القسم يرجع إلى الشهادة بما يحيط به علم الشاهد.

(الثانى) تجوز الشهادة به أعنى بالنفى مستندا إلى الظن الغالب وذلك فى صور: منها التفليس فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب لأنه يجوز عقلا حصول المال للمفلس وهو يكتمه. ومنها الشهادة على حصر الورثة وأنه ليس له وارث غير من ذكروا، فمستند الشاهد الظن، وقد يكون له وارث لم يطلع عليه فهى شهادة على النفى مقبولة.

أقول وهذا ملحق بالقسم الاول لطمأنينة الشاهد بما يشهد به أخذا من القرائن القوية أو الظاهرة، والشهادة فى المثالين السابقين مقبولة عندنا أيضا على ما بين فى موضعه.

---

(٣) تقل فى نزهة الخاطر على روضة الناظر فى أصول الفقه على مذهب الامام احمد فيما إذا تعارضت رواية الاثبات ورواية النفى أربعة آراء: منها أن النفى أن استند إلى علم بالعدم قدم على الإثبات، وذلك كأن يقول الراوى مثلا اعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفعل لأنى كنت معه فيه ولم يغب عن نظرى طرفة عين. أو قال اعلم أن فلانا لم يقتل زيدا لانى رأيت زيدا حيا بعد موت فلان أو بعد الزمن الذى اخبر الجارح انه قتله فيه. فهذا يقبل لاستناده الى مدرك علمى ويستوى هو واثبات المثبت فيتعارضان ويطلب المرجح من خارج وكذلك كل شهادة نافية فسندت الى علم بالنفى فانها تعارض المثبتة لانها تساويها اذ هما فى الحقيقة مثبتتان لان احدهما تثبت المشهودته والاخرى تثبت العلم بعدمه وهذا المذهب هو الذى نختاره أ هـ. (انظر المجلد الرابع من الشرح الكبير آخر ص٤٦٠ وأول ص ٤٦١ فان له اتصالا بما هنا).

(الثالث) ما يعرى عنها مثل أنه يشهد أن زيدا لم يوف الذى عليه أو ما باع سلعته ونحو ذلك فهذا نفى غير منضبط، وإنما تجوز الشهادة على النفى المنضبط قطعا أو ظنا أ هـ. وما قررناه هنا قد أخذ به علماء القانون فى الشهادة بالنفى.

وأرى أن ما جاء فى قانون الإثبات فى المادة (٦٩) يطابق ما نص عليه صاحب نزهة الخاطر على أنه المختار فى مذهب الامام أحمد. وهاك نص هذه المادة «الاذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق». (٤)

وفى القانون: محل الدليل يكون أمراً وجودياً أو سلبياً على السواء. قالوا إن إثبات النفى مستحيل، وعلى كل حال لا يكلف به من يدعيه وهو قول لا يحتمل النقد اللهم إلا إذا أرادوا من كلمة النفى مجرد الانكار كما فى مثال: زيد يدعى على بكر دينا وهذا يقول إنه غير مدين ففى هذه الحالة يصح قولهم لا يكلف بكر بإثبات ما قدمه وهو الانكار لكن إذا قال أنه وفى الدين وجب عليه إثبات الوفاء. نعم الوفاء أمر وجودى لكن ثباته نفى لأمر وجودى آخر وهو الدين. مثال آخر: ادعى زيد ان بكرا ضربه فى يوم كذا ساعة كذا بمكان كذا وجاء عليه بشهود ـــ لبكر أن ينكر وجوده فى ذلك المكان ذلك اليوم فى تلك الساعة لكن من السهل اثبات هذا النفى باثبات بكر أنه كان مسافراً أو مسجوناً أو مريضاً وهكذا.

وجاء فى كتاب الطعن فى الأحكام لمسيو دوهلس القاضى بمحكمة الاستئناف سابقاً ما نصه «من الترجمة العربية» منع المتهم من الاستشهاد بشهود ينفون شهادة شهود الاثبات أو يضعفون أهميتها والثقة بها يعد سلبا لحقوق الدفاع. فلا يجوز لمحاكم الاستئناف ولا للمحاكم الابتدائية أن ترفض طلب المتهم للاستشهاد بشهوده والا كان عملها باطلا الا اذا تبين من اقواله انه يريد الاستشهاد بهم على وقائع ليس لها علاقة بالدعوى أو على وقائع تفيده ولكن تعتبرها المحكمة ثابتة أو على وقائع لا

---

(٤) تضمنت المادة ٥١ من مشروع قانون الاثبات ذات النص.

يصح إثباتها قانوناً «فى مادة القذف مثلا» أو لا يصح اثباتها بشهادة الشهود أو يكذبها عقد رسمى واجب الأخذ به حتماً إلى أن يطعن فيه بالتزوير أ هـ.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

- المقرر عند الحنفية أن الشهادة على النفي تقبل إن كانت فى المعنى شهادة على أمر وجودى كالبنوة. (١)

- المعول عليه فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن الشهادة على النفى تقبل ان كانت فى المعنى شهادة على أمر وجودى. (٢)

- شهادة النفى على أمر وجودى، مقبولة فى فقه الحنفية. (٣)

- لا يعيب الحكم إطراحه أدلة للنفى. مادام أن قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة. تعيب هذا الاستخلاص. جدل موضوعى فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الأدلة. لا يقبل التحدى به أمام محكمة النقض. مثال فى دعوى تطليق.(٤)

- إنكار الحق الموجب لعدم سماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الإثبات. (٥)

- الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات. (٦)

---

(١) الطعن رقم ١١ سنة ٤٤ق - أحوال شخصية - جلسة ٤/ ٢/ ٧٦ مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٧ص ٣٩٨

(٢) الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٠ ق «احوال شخصية» - جلسة ١٢/ ٥/ ٨١

، الطعن رقم ١١ سنة ٣٦ق جلسة ٢٢/ ٥/ ٦٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٧٣ قاعدة ١٨٨٦.

(٣) الطعن رقم ١١ لسنة ٤٤ / ق - «أحوال شخصية» - جلسة ٤/ ٢/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٧ص ٣٩٨.

(٤) الطعن ١٨١س ٦١ق - احوال شخصية - جلسة ٢٠/ ٦/ ١٩٩٥.

(٥) الطعن رقم ٢٥ لسنة ٣٦ق - احوال شخصية - مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص٨٩٨.

(٦) الطعن رقم ٨٣ لسنة ٥٦ احوال شخصية - جلسة ٢١/ ١/ ١٩٩٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ص ٢٠٠.

الكتاب الثانى

طرق الإثبات الشرعية

ما يفيد القاضى علماً يقينياً

ما يفيد القاضى ظناً راجحاً

مقدمـــــة

تقسيم الأدلة من حيث قوة الاثبات

تنقسم الأدلة من حيث قوة الاثبات إلى جزئين :

الجزء الأول: ما يفيد الدليل فيه القاضى علماً يقينياً .

وهو يتناول علم القاضى ، «التواتر»

الجزء الثانى: ما يفيد الدليل فيه ظنا راجحاً .

ويندرج فى هذا القسم سائر الأدلة الأخرى المتفق عليها والمختلف فيها.

الجـــزء الأول

ما يفيـــد
القــاضى عــلماً يقينيــاً

علم القاضى

التـــواتر

الباب الأول

علم القاضى

صورة ذلك أن يعلم القاضى بحادثة فى البلدة التى هو قاضى عليها حال قضائه كأن يسمع رجلا يقر لرجل بمال أو يسمعه يطلق امرأته، أو يقذف رجلا، أو رآه يقتل انسانا، أو نحو ذلك مما يكون القضاء فيه بغير الحدود الخاصة لله تعالى (١). ثم ترفع إليه تلك الحادثة وهو على قضائه.

فعلى قول المتقدمين يجوز له أن يقضى فى ذلك بعلمه أخذا برواية الأصول.

وعلى قول المتأخرين. لا يجوز له القضاء بعلمه فى شىء من ذلك أخذا برواية ابن سماعة عن محمد (أنظر حاشية الحموى). وقال فى الأشباه ان الفتوى على قول محمد المرجوع إليه فى أنه لا اعتبار لعلم القاضى. وقال فى جامع الفصولين وعليه الفتوى وعليه مشايخنا رحمهم الله أ هـ.

وأما أن اطلع على ما يوجب حدا خالصا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر فانه لا يقضى بعلمه اتفاقاً، وكذا لو اطلع على سرقة لا يقضى بالجلد اتفاقا وانما يقضى بالمال فقط على قول المتقدمين (٢).

وان علم بالحادثة قبل أن يستقضى ثم استقضى ثم رفعت اليه تلك الحادثة وهو

---

(١) مادة ٦ مشروع قانون الاثبات «لا يحكم القاضى بعلمه الشخصى»

(٢) قال فى المبسوط ما ملخصه إذا رأى القاضى وهو فى مجلس القضاء أو غيره رجلا يزنى أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع اليه فله أن يقيم عليه الحد فى القياس لانه تيقن باكتسابه السبب الوحيد الموجب للحد عليه، والعلم الذى استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب. وفى الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى يشهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك لأن الحدود التى هى من خالص حق الله تعالى يستوفيها الامام على سبيل النيابة من غير ان يكون هناك خصم يطالب به من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه فى الاقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور والاقامة بغير حق، وهو مأمور بأن يصون نفسه عن ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لان هناك خصما يطالب به من العباد وبوجوده تنتفى التهمة عن القاضى فكان مصدقا فيما زعم انه رأى ذلك. أ هـ.

قاض فعلى قول أبى حنيفة لا يقضى بذلك العلم، وعلى قولهما يقضى. لهما أنه لما جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد فى زمن القضاء جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء، لان العلم فى الحالين واحد، ولا فرق بين علم وعلم. ولأبى حنيفة أن بين العلمين فرقا لان علمه الحادث له فى زمن القضاء علم فى وقت هو مكلف فيه بالقضاء فأشبه البينة القائمة فيه. والعلم الحاصل فى غير زمن القضاء حاصل فى وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فلم يكن فى معنى البينة فلم يجز القضاء به فهذا هو الفرق بين العلمين . وعن محمد أنه رجع إلى قول أبى حنيفة (أنظر الفتاوى الهندية).

وقال فى المبسوط: كان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول إذا علم قبل أن يستقضى ثم استقضى فشهد عنده رجل واحد بذلك قضى به وذلك مروى عن شريح رحمه الله قال ولكن نقول علمه بمعاينة السب ليس من جنس ما يحصل له من العلم بشهادة الشهود عنده واكمال أحدهما بالآخر لا يمكن والقاضى لا يتمكن من القضاء إلا بحجة فالطريق فى ذلك أن يشهد مع الرجل الآخر لصاحب الحق عند الامام الذى فوقه حتى يقضى هو بذلك أ هـ .

ولو علم بحادثة وهو قاض ولكن كان وقت علمه بها فى مصر غير المصر الذى هو قاض فيه ثم رجع إلى محل قضائه ثم رفعت اليه تلك الحادثة وأراد أن يقضى بذلك العلم فهو على الخلاف الذى مر.

وان علم وهو قاض فى مصر. ثم عزل ثم أعيد على القضاء فلا شك أن عند الصاحبين له ان يقضى بعلمه، ومن اصحابنا من قال وكذا عند ابى حنيفة ايضا له أن يقضى بعلمه لأنه استفاد علم القضاء بمعاينة السبب حتى لو قضى به فى ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك إذا قضى به بعد ما قلد ثانيا. والاصح أنه على الخلاف لأنه بعدما عزل لم يبق له فى تلك الحادثة إلا علم الشهادة فهو وما لو علم من بعدما عزل سواء، يوضحه أنه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم أعيد على القضاء لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك إذا عاين السبب.

فتحصل من هذا أن المتقدمين والمتأخرين من المشايخ اتفقت كلمتهم على أن القاضى لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى (٣) غير انه إذا أتى بالسكران ينبغى أن يعزره لاجل التهمة لما قام من أمارات السكر ولا يكون ذلك حدا، وأما حد القذف والقصاص وجميع حقوق العباد ـ كالنكاح والطلاق والقتل والسرقة فى حق المال.

فمذهب المتقدمين أن القاضى يجوز له أن يقضى فى ذلك بعلمه.

ومذهب المتأخرين عدم جواز ذلك.

استدل المتقدمون على ماذهبوا اليه وهو اصل المذهب كما قدمنا بأن القضاء بالبينة جائز بالاجماع فيجوز القضاء بعلم القاضى بطريق الأولى وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضى بالحادثة وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى واكبر الظن، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى، الا أنه يقضى به فى الحدود الخالصة لأن الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه (٤) ولأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فى هذا العلم لو اطلع على ما يوجب حدا خالصا ولكن غير القاضى إذا علم لا يمكنه اقامة الحد فكذا هو (٥).

وإنما عدل المتأخرون عن قول المتقدمين واجمعوا على الفتوى بخلافه لعلة واحدة هى فساد الزمان.

---

(٣) وفى رواية عن الشافعى رحمه الله أن للقاضى أن يقضى بعلمه فى كل شىء حتى فى الحدود الخالصة لانه يجوز له أن يقضى فى ذلك بالبينة، والمقصود من البينة أن يحصل له العلم بالحادثة وقد علم هو بنفسه فلا فرق بين علم يتعلق بالحدود وعلم يتعلق بغيرها.

أنظر البدائع ونيل الاوطار. وقد علمت جوابه مما نقلناه آنفا عن المبسوط.

(٤) أقول ان كان الاحتياط لاجل علمه هو فعلمه حاصل بيقين بالنسبة له فلا معنى لهذا الاحتياط وان كان لتهمة فى دعواه العلم فهذا كما يحصل فى الحدود يحصل فى غيرها وسيأتى ما يوضحه.

(٥) أقول الفرق واضح جدا بين القاضى وغيره فى اقامة الحدود والالزام بالحقوق والأمر ليس فوضى فما معنى هذا الكلام المتدافع.

وقد روى عن ابى حنيفة رحمه الله أن القاضى إذا علم بطلاق أو عتاق أو غصب أمر بأن يحال بين المطلق وزوجته والمعتق وأمته والغاصب وما غصبه بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ما علمه القاضى بوجه شرعى - بينة أو اقرار أو نكول - وهذه الحيلولة على وجه الحسبة لئلا يقربها الزوج أو السيد أو الغاصب، وليست على وجه القضاء. أنظر البدائع والفتاوى الهندية والدر ورد المحتار.

وتتميما للفائدة أذكر ماورد فى التبصرة ونيل الأوطار وظفر اللاضى مما يتعلق بهذه المسألة ثم اذكر رأيى أخيرا.

قال فى التبصرة:

(أ) إذا شهد رجلان عند القاضى، وفى علم القاضى ما فى علم الشاهدين فلا يبيح للمشهود عليه الدفع فيهما ولا فيمن عدلهما إذا كان معدلين.

(ب) إذا كان للقاضى قبل أحد شىء أو لأحد قبله شىء رفع ذلك إلى غيره ووكل وكيلا يخاصمه عنه، وأن شاء خاصم بنفسه ولم يوكل.

(جـ) لو أن رجلا اتبع آخر بمال أو دم أو حق من الحقوق، وكان الحاكم فيه مشاهدا لم تمنعه شهادته فيه أن يقضى بين أهله بالشهود كما يقضى فى غيره. ولا ينبغى أن يقضى فيها بشهادة نفسه، ولكن يشهد له بما قبله من ذلك عند غيره من الحكام الخ أنظر القضاء بعلم القاضى.

وجاء فيها فى باب القضاء بالشهادة على الخط.

إن الشاهد قد يكتب شهادته على نوع من الاكراه. قال: وشاهدت هذا فى حكومة رفعت إلى حاكم تتضمن هبة لوجه الله تعالى وانه وهب ذلك فى حال صحته وجواز تصرفه طائعا مختارا وأنه أجاز ذلك. وفى الهبة خط أهل العلم وغيرهم من العدل، وكانت الهبة على سبيل الاكراه، وكتابة الشهود على نوع من ذلك. وكان الحاكم يعرف باطن القضية فصرفها عن نفسه أ هـ .

وإذا شهد عند القاضى شهود عدول بما يعلم هو خلافه فلا يحل له ان يسمع منهم ولا يقضى بشهادتهم ويدفع الخصمين عن نفسه ويكون شاهدا عند من

يتحاكمان إليه ذكره ابن العطار قال ابن الفخار وهذا لا يستقيم على مذهب اصحاب مالك إلا ابن كنانة وحده وقال ابن المواز فى كتابه إذا شهد العدول عند القاضى بشيء يعلم القاضى أن الذى شهدوا به باطل فلا يجوز له الحكم بشهادتهم وينفذ شهادتهم بعد الانتظار اليسير واستحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه وشهادتهم فلعله ينكشف لهم بقوله ماوراء ذلك فان لم يمكن فليحكم بشهادتهم. وأرى أن يعلم الذى حكم عليه ان له عنده شهادة ولا ينبغى له أن يبطل الشهادة ولا يردها ولا أن يمضى منها ماليس بباطل ويرد ما هو باطل وقال ابن الماجشون ولا ينبغى للقاضى أن يمضى باطلا يعلمه ولا يبطل الشهادة ولكن يرفعها إلى غيره ويشهد القاضى بما يعلمه فى ذلك.

قال فى نيل الأوطار بعد أن حكى اختلاف العلماء فى قضاء القاضى بعلمه ما نصه: والحق الذى لا ينبغى العدول عنه أن يقال ان كانت الأمور التى جعلها الشارع اسبابا للحكم كالبينة واليمين ونحوها أمورا تعبدنا الله بها لا يسوغ لنا الحكم إلا بها وأن حصل لنا ما هو أقوى منها بيقين فالواجب علينا الوقوف عندها والتقيد بها وعدم العمل بغير ما في القضاء كائنا ما كان وان كانت أسبابا يتوصل بها الحاكم إلى معرفة المحق من المبطل والمصيب من المخطىء غير مقصودة لذاتها بل لأمر آخر وهو حصول ما يحصل للحاكم بها من علم أو ظن وأنها أقل ما يحصل له ذلك من الواقع فكان الذكر لها لكونها طرائق لتحصيل ما هو المعتبر فلا شك ولا ريب أنه يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه لان شهادة الشاهدين والشهود لا تبلغ إلى مرتبة العلم الحاصل من المشاهدة أو ما يجرى مجراها فان الحاكم بعلمه غير الحاكم الذى يستند إلى شاهدين أو يمين ولهذا يقول المصطفى صلى الله عليه وعلى آله وسلم (فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه إنما أقطع له قطعة من نار) فإذا جاز الحكم مع تجويز كون الحكم صوابا وتجويز كونه خطأ فكيف لا يجوز مع القطع بأنه صوابا لاستناده إلى علم اليقين. ولا يخفى رجحان هذا وقوته لأن الحاكم به قد حكم

بالعدل والقسط والحق كما أمر الله تعالى. أ هـ المراد منه وتمامه فيه.
وقال فى ظفر اللاضى ما نصه: للحاكم أن يحكم بما علم فإن غاية ما يحصل للحاكم بشهادة الشهود أو يمين المنكر أو اقرار المقر هو مجرد الظن المختلف قوة وضعفا. لأن الصدوق قد يكذب، والمقر على نفسه قد يقر بالباطل لغرض، ولكن هذه لما كانت أسبابا شرعية وردت فى الكتاب والسنة وأجمع عليها أهل الإسلام كان القضاء بها حقا فى ظاهر الشرع وجاز للقاضى الإستناد فى حكمه إلى الظن لأن هذه الأدلة الواردة فى أسباب الحكم هى من جملة مخصصات الأدلة الواردة فى النهى عن العمل بالظن والوعيد عليه كما قيل فى أخبار الآحاد ونحوها من الظنيات. ومعلوم لكل عاقل أنه اذا كان الحاكم يعلم بالقضاء ويدرى بالشىء على جليته وحقيقته فهذا مستند فوق ما يحصل له من تلك الأسباب لأنه علم، والحاصل من تلك الأسباب ظن، ولا خلاف فى أن العلم أقوى من الظن وأن الاستناد اليه مقدم على الاستناد إلى الظن بل لا يبقى للظن تأثير في وجود العلم أصلا. الخ ما قال.
وأقول ان ما قاله فى البدائع ونيل الأوطار وظفر اللاضى كله حق لامرية فيه من حيث أن العلم الحاصل لقاضى بمعاينته ومشاهدته هو أقوى بيقين من الظن الحاصل له بشهادة الشهود واقرار المدعى عليه أو نكوله، والاطالة فى الاستدلال عليه اسراف فى القول، والمنازعة فيه مكابرة.
ولكن محل النزاع الحقيقى هو: أنصدق القاضى فى قوله انه علم بالحادثة التى حكم فيها وقد يتناول فى حكمه الأموال والدماء والأعراض أم نحتاط فى ذلك محافظة على أموال الناس ودمائهم وأعراضهم؟
الحق أن الاحتياط فى ذلك واجب بل هو من اعظم مطالب الشريعة الحكيمة العادلة فلا نسلم للقاضى ما يقضى به ولا نقره عليه إلا إذا بين لنا اسبابا مقنعة وحججا واضحة استند فى قضائه عليها يزيل بها التهمة عن نفسه لان القاضى بشر مثلنا وليس بملك فما هو معصوم وبدون ذلك لا توجد الطمأنينة فى نفس احد.

ولأمر ما وجب أن تكون جلسات القضاء علنية ووجب بيان الاسباب التى يبنى عليها القاضى حكمه أليس هذا هو الاحتياط الواجب والتساهل فيه من اكبر الجرائم.

نقل فى نيل الاوطار عن أبى على الكرابيسى مانصه: لا يقضى القاضى بما علم لوجود التهمة، ويلزم من أجاز للقاضى أن يقضى بعلمه مطلقا أنه لو عمد إلى رجل مستور لم يعهد منه فجور قط أن يرجمه ويدعى أنه رآه يزنى، أو يفرق بينه وبين زوجته ويزعم أنه سمعه يطلقها، أو بينه وبين أمته ويزعم أنه سمعه يعتقها فان هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضى السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه والتفريق بينه وبين من يحب ومن ثم قال الشافعى لولا قضاة السوء لقلت ان للحاكم أن يحكم بعلمه أ هـ.

واسمع ما أنقله اليك من ذيل كتاب تاريخ قضاة مصر (٦) قال توفى رجل بمصر وخلف مالا جزيلا وخلف بنتا طفلة وجارية أما للطفلة ثم ماتت الطفلة فانتقلت النعمة إلى أمها فخطبها قاضى القضاة طمعا فى ثروتها فلم تجبه إلى ذلك فوجه إلى اربعة من شهود وكتب عليها محضرا بأنها سفيهة ووضع يده على التركة. فهربت منه إلى دار الوزير وطرحت نفسها على جواريه فأنهين حالها اليه ثم احضرت اليه فعرفته ماجرى عليها فأمرها بوضع محضر تركته لها وبأخذ خطوط من استوى لها من الشهود فيه، ففعلت ذلك، وشهد لها فيه شاهدان واتته به. فأمر باحضار قاضى القضاة وأجرى عليه المكروه قولا وفعلا وعاقبه اشد العقاب على ما فعل، وقبض على شهوده الاربعة وأجرى عليهم المكروة وخلع على الشاهدين اللذين شهدا لها، وأخرج للمرأة مالها واطلق سبيلها. أهـ المقصود منه باختصار. فانظر أرشدك الله إلى مثل هذا الشرير وهو قاضى القضاة كيف تواطأ مع اربعة من الشهود العدول عنده على اغتيال مال امرأة ضعيفة بتلك الحيلة الدنيئة، وتفكر كيف يكون الحال لو ترك لهذا وأمثاله أن يبنوا الاحكام على علمهم. فما أحسن ما قاله الشافعى رضى

---

(٦) هذا الكتاب لابى عمرو محمد بن يوسف بن يعقوب الكندى. وذيله لابى الحسن بن عبد الرحمن بن برد. وقد طبع الكتاب مع ذيله فى مدينة روما عاصمة ايطاليا سنة ١٩٠٨ غير أن فيه شيئا من التحريف. ثم طبع ثانيا مع كتاب الولاة على مصر فى مجلد واحد فى بيروت.

الله عنه واجتمعت عليه كلمة المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله. ولا تحسبن ان هذه حادثة فردية لا تستلزم سوء الظن بكل قاض فان الحديث فى ذلك يطول والداء عضال قديم وعرض الدنيا الزائل أعمى الكثيرين فكبهم على وجوههم فى الجحيم.

وقد رد فى ظفر اللاضى ما قدمناه من التعليل بالتهمة بأنه لا وجه له ولا التفات اليه. فان التهمة منفية عن الحكام العادلين العارفين بما شرعه الله عز وجل المتعلقين بحجج الله سبحانه وتعالى الخ ما قال.

وانى أقول له أبهذا الحسن الظن بالناس لقد أدركت شيئا وغابت عنك اشياء. أين هم أولئك النفر الذين وثقت بهم؟ وكم عددهم فى كل بلد؟ أو انت تريد ان يقضى بعض القضاة بعلمهم وهم من توافر فيهم ما ذكرت وما أقل عددهم، بل ما أندره وألا يقضى سواهم وهم الاكثرون عددا بذلك؟ فترسم لاحد الفريقين طرقا للقضاة غير ما ترسمه للفريق الآخر فأى خلل فى النظام وأى فتنة اكبر من هذا؟ فدع عنك النظريات المجردة التى تستوى الألباب بروعة مقدماتها وجمال نتائجها فى ذاتها لكنها عند التطبيق على من وضعت لهم تظهر درجة ما هى عليه من الخطأ والبعد عن المناسبة - كالذى يخيط ثوبا هو غاية فى حسن الهندام ودقة التفصيل وجودة النسيج لرجل اقعس الصدر أحدب الظهر معوج الخلق فلا يجده يصادف مجلة فالثوب فى ذاته فى نهاية الجمال والحسن ولكن أين لابسه؟ فالحكيم هو الذى يعطى كل شىء ما يناسبه ولا يبنى علمه على التخيلات والتصورات الجميلة فحسب وسبحانه الذى اعطى كل شىء خلقه ثم هدى.

وبالجملة فالقواعد الفقهية والرسوم التشريعية يجب أن يلاحظ فى وضعها ما هو الواقع من حال الناس وما هم عليه من الحالة النفسية فيجب الاحتياط فى فصل القضاء كى يأمن الناس على نفوسهم وأموالهم وأعراضهم وأن يتق كل ذى حق من وصوله إلى حقه ومن ذلك ألا يمكن القاضى من أن يقضى بعلمه بل يلزم الزاما بأن يبين للجمهور اسباب حكمه. وأما النظريات الجميلة التى توضع لقوم هم فى الذروة العليا فى النزاهية والاستقامة ولا احسب لهم وجودا إلا فى عالم الخيال اللهم إلا

مـاندر فليس من الحـزم ولا من الحكمة وضـعـها لاناس تتـجـاذبهم الأهواء من كل جانب وان كـان لايزال فى الناس بقيـة صالحـة، ولن تخلو جمـاعة من الخـير ولكن العبرة للكثير الغالب والمظان الكلية هى مناط الاحكام.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- المبدأ الأساسى الذى يحكم النظرية العامة فى الاثبـات هو مبدأ حياد القاضى، فلا يجوز أن يقضى بعلمه الشخصى عن وقائع الدعوى دون أن يكون من قبيل ذلك ما يحصله استفاء من خبرته بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها.[1]

- المسألة الفنيـة البحتة - ليس للمحـكمة ان تحل نفسها مـحل الخبير الفنى فـيها - عدم اسـتطاعتهـا إبداء الرأى فيـها بغيـر الاستعـانة بالحقائق العلمـية الثـابتة لكشف الحقيقة فى الدعوى - عدم اعتبار ذلك قضاء بعلمها الشخصى.[2]

---

(١) نقض ٤٩ سنة ٤٤ ق جلسة ١٢/ ٤/ ٧٨، نقض ١٠٩٧ سنة ٤٧ ق جلسة ٢٥/ ٢/ ٧٩.
مجموعة القواعد القانونية فى خمسين عاما ص١٤٢ قاعدة ١١، ص١٤٣ قاعدة ١٢.

(٢) الطعن رقم ٨٢ سنة ٧٠ ق جلسة ٢٢/ ١٠/ ٢٠٠٢

الباب الثانى

التـــواتر

معنى التواتر (١) فى اللغة التتابع ومنه جاءوا تترى أى متتابعين.

وعند الفقهاء هو خبر جماعة يقع العلم بخبرهم، أو هو خبر جماعة لايتصور اتفاقهم على الكذب وليس للتواتر عدد معين على الصحيح وانما الشرط أن يكون المخبرون جمعاً لايجوز العقل اتفاقهم على الكذب.

ولما كان التواتر يفيد علم اليقين (أنظر التوضيح فى الأصول) فلا تقام بينة على خلافة لأن البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر سواء أكان المستند إلى التواتر مدعياً أم مدعى عليه، وسواء أكان مثبتاً أم نافيا، وسواء أكان فى الاموال أم الحدود أم القصاص وسواء أكان قبل الحكم أم بعده وذلك لأن التواتر حجة فى النفى والإثبات لافادته القطع واليقين.

قال فى الذخيرة : ومن جملة ذلك رجل أقام البينة على آخر أنه قتل أباه عمداً فى ربيع الأول وأقام المدعى عليه البينة أنهم رأوا أباه حياً بعد ذلك. أو أقام رجل على آخر البينة أنه أقرض أباه ألف درهم بتاريخ كذا وأقام الآخر البينة أن أباه مات قبل ذلك. أو أقامت امرأة شاهدين على أن زوجها فلاناً طلقها يوم النحر بالرقة وأقام فلان البينة أنه كان فى ذلك اليوم حاجاً - فالبينة فى جميع ذلك بينة المدعى ولايلتفت إلى بينة المدعى عليه إلا أن تأتى العامة وتشهد بذلك ويكون أمراً مكشوفاً فيؤخذ بشهادتهم أ.هـ. ثم نقل عبارة البزازية المتقدمة ثم قال: وفى فتاوى على أفندى من بحث التواتر من الشهادة عن المبسوط: وكذلك ان قال آتى بالبينة انى كنت غائباً ذلك اليوم فى أرض لم يقبل منه إلا أن يجىء من ذلك بأمر مشهور فان القاضى

---

(١) أنظر كتاب الطريقة الواضحة للسيد محمود حمزة مفتى الشام.

يقضى بذلك لأن الشهرة فى النفى حجة كما فى الاثبات أ.هـ.

وفى ايضاح الخفيات فى تعارض النفى والاثبات للشرنبلالى مانصه: وأما إذا حكم الحاكم ثم أقام الجمع المستفيض بعده هل يقبل منه؟ لم أره صريحاً وقد يستفاد القبول، ثم قال فى الاشباه والنظائر المقضى عليه فى حادثة لاتسمع دعواه ولابينته إلا إذا أدعى تلقى الملك من المدعى أو النتائج أو برهن على ابطال القضاء - كما ذكره العماوى، فالدفع بعد القضاء بواحد مما ذكر صحيح وينقض القضاء فكما يسمع الدفع قبله يسمع بعده لكن بهذه الثلاث أهـ.

والجمع المخبر بالتواتر تارة يعبرون عنه بالعامة وتارة بالكل، وتارة يصرحون ويقولون إذا علم كل صغير وكبير وعالم وجاهل، وتارة يقولون إذا كان الخبر مستفيضاً وأخرى إذا كان أمراً مشهوراً أو أمراً مكشوفاً وكل ذلك مرادهم به التواتر الذى هو عبارة عن علم الكثير من أهل البلدة التى وقعت بها الحادثة بحيث لايبقى مجال لطعن طاعن، لا كما زعم أهل عصرنا من أن التواتر يكون بعشرة نفر مثلا حتى صار كل من الخصمين يستند فى دعواه أو دفعه إلى التواتر لأجل منع خصمه بعشرة أشخاص يخبرون بحادثته ويزعم أن ذلك هو التواتر. والأغرب من هذا موافقة بعض نواب هذا الزمن على ذلك بدعوى أنه امر مفوض إلى رأيهم فلو أتوهم بخمسة أشخاص مثلا فى بلدة مثل دمشق لكفى عندهم مستندين إلى قولهم (ليس فى التواتر عدد معين) صارفين ذلك إلى القلة فيه وغفلوا عن قول المجلة(٢) (ولكن يلزم أن يكونوا جمعاً غفيراً لايجوز العقل اتفاقهم على الكذب) المادة ١٧٣٥ فأين الجم الغفير من العشرة أو الخمسة فى البلدة الكبيرة (٣).

---

(٢) نص المجلة فى الأصل باللغة التركية فذكرنا ترجمته باللغة العربية.

(٣) الجم الغفير هو عبارة عن جملة الناس قال فى المصباح مانصه: وجاءوا الجماء الغفير أو جماء الغفير أى بجملتهم أهـ. ومن معانى الجم العدد الكثير.

ثم قال: وإذا استند كل من المدعى والمدعى عليه إلى التواتر وأتى كل منهم بجماعة يخبرون وفق مدعاه فعلى الحاكم أن يدقق النظر فى ذلك فإن رأى أن الجماعتين لايقال فيهما جم غفير فيكون حكمهما حكم البينة العادية (٤) فيستشهد ويزكى ويحكم، وإن رأى أن خبر كل من الجماعتين يقال فيه أنه متواتر بحسب الظاهر وأشكال عليه الأمر فيتأمل فى الجماعتين تأملا صادقاً خالياً من الغرض فأى الجماعتين وافق خبره شروط التواتر واطمأن إليها قلبه حكم بما أخبرت به ورد الجماعة الأخرى لأن التواتر دليل قطعى والحجج القطعية لاتتعارض. ثم قال بعد كلام: وتذاكرت مع جماعة من أفاضل النواب فى مسألة استناد الخصمين إلى التواتر فأكثرهم توقف فى ذلك. وقال بعضهم تعارضاً تساقطاً. فقلت بدليل أو نقل؟ فقال بل تخريجاً على قولهم البينتان المتعارضتان تسقطان، قلت ذلك فى الحجج الظنية الجائز تعارضها لا فى القطعيات التى تعارضها محال، فانقطع أهـ . ملخصاً مع تصرف فى العبارة من كتاب الطريقة الواضحة.

وقال فى شرح المجلة ولمحكمة التمييز جملة قرارات منها قرار مؤرخ فى ٣١ أيلول سنة ١٣٠٩ مؤداه أن عدد شهود التواتر لاينبغى أن يكون أقل من خمسة وعشرين شاهدا. ولها قرار آخر مؤرخ فى ٤ أيلول سنة ١٣١١ مؤداه إذا قال المشترى أنه يوجد طريق عام بين العقار الذى اشتراه هو وبين ملك الشفيع وأن له على ذلك بينة التواتر فلا لزوم لتكليفة اقامة مثل هذه البينة لأن كون الطريق خاصاً أو عاماً يعرف بالمشاهدة فيلزم من ثم اجراء الكشف واستماع شهادة النصاب وتزكيتها أهـ.

ولايشترط فى شهادة التواتر لفظ الشهادة ولا العدالة كما فى غيرها من الشهادات لأن الخبر فى ذاته قطعى فيقبل من كل أحد بدون شرط ولا قيد بعد أن يكون المخبرون عدداً يؤمن تواطؤهم على الكذب ولينظر مايتعلق بذلك فى علم الأصول وانظر المادة (١٧٣٤ من المجلة).

---

(٤) وفى هذه الحالة يتبع مانص عليه الفقهاء فى دعوى الرجلين وترجيح البينات.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

أجاز الحنفية الشهادة بالتسامع فى مواضع منها النسب واختلفوا فى تفسير وتحمل الشهادة به، فعن أبى حنيفة لايشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار وعلى هذا إذا «أخبره» رجلان أو رجل وامرأتان لاتحل له الشهادة مالم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر، وعن الصاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفى وتحل له الشهادة، والفتوى على قولهما، واشترطوا فى الأخبار - هذا وعن العدلين - أن يكون بلفظ أشهد وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة. والمتون قاطبة - والنقول المعتبرة - أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضى ردت شهادته ولاتقبل فى جميع المواضع التى يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع ومن الفقهاء من استثنى الوقف والموت ولو فسر للقاضى أنه أخبره به من يثق به لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف أو الموت مائة سنة فيتيقن للقاضى أنه يشهد بالتسامع، فكان الإفصاح كالسكوت. واختلفوا فى معنى التفسير للقاضى أنه يشهد بالتسامع: فلو شهداً وفسراً وقالا شهدنا بذلك لأن سمعنا من الناس لاتقبل، ولو قالا سمعنا من قوم لايتصور اجتماعهم على الكذب لاتقبل وقيل تقبل، ولو قالا أخبرنا بذلك من نثق به فمنهم من قال أنه من التسامع ومنهم من قال أنه ليس منه وجعله الراجح، والظاهر أنه حيث أجيز للشاهد أن يشهد بالتسامع فى المواضع التى بينوها وجب أن يقضى بشهادته وإن فسر وإلا كان فى المقام مايشبه التناقض إذ كل مافى الأمر يريدون تحميل الشاهد عبء مايشهد به ولايحملون القاضى ذلك.

والطريق إلي تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لايشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر فى حق المشهود وأنهم أوجبوا على الشاهد

أن يطلق أداء الشهادة ولايفسر للقاضى أنه يشهد بناء على ماسمع من الناس. وإذ كان ذلك فإن تعيب الحكم بأنه لم يبين أنه توافرت فى أقوال الشهود شروط قبول الشهادة بالتسامع يكون فى غير محله إذ هى أمور تتصل بتحمل الشهادة وحليتها للشاهد، وكذلك تعييبه لأن أحداً منهم لم يشهد بواقعة معاصرة للواقعة المطلوب إثباتها ولا بما شهد به لديه عدلان ولم يدع الحكم أن ماشهدوا به تحققت فيه شروط التواتر إذ هى أمور تتحمل بأداء الشهادة بالتسامع - عند الأداء - يضرها الإفصاح ويصححها السكوت وأن يكن سكوتا كالإفصاح. والأصل فى الشهادة أنه لايجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه - بالعين أو بالسماع - بنفسه، واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ماهو بإجماع كالنسب ومنها ماهو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس وإن لم يعاينها بنفسه، وهى ضرورة بعد ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هى استحسان مرده والوجه فيه أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لايطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وأنها يقترن بها فى العادة ماتشتهر به فنزلت الشهرة فى كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان مسوغاً للشهادة ولو لم تقبل أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعا. وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان مايشهد به أمراً متواتراً سمعه من جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عنده ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء، أو يخبره به - وبدون استشهاد - رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيحصل له نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به وهى مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها مايفيد ظناً قوياً يقترب من القطع كشهادة الاستفاضة ومنها مايفيد ظناً دون شهادة الاستفاضة بأن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً أو لم نزل نسمع من الثقات، والفقهاء قد أوجبوا على

الشـاهد أن لا «يفسـر» للقـاضى إنما أرادوا بذلك تحـميل الشـاهد عبء مـاشهـد به لاتحميل القاضى هذا العبء.

والشهادة بالتسـامع فى فقه الشريعة الإسلامية لا هى شـهادة برأى ولاهى شهادة على شهادة ومن الدرجة الثانية، وإنما هى شهادة أصلية ومـتميزة بضوابطها ودواعيها لها قوتها فى الاثبات، ويحمل الشهـادة فيها عبء ماشهد به وهى بذلك لاتدخل فى باب شهـادة السماع ولا من باب الشـهادة بالشهـرة العامـة فى فقه القـانون الفرنسى ولاتجرى مجراها وبالتالى مما تستـقل به محكمة الموضوع بما لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه مالم تخرج بها إلى ما لاتؤدى إليه (١)

- الشهادة بالتسامع - على ماجرى به قضاء هذه المحكمة - جائزة عند الأحناف فى مواضع منهـا النسب وشرطها أن يكـون مايشهد به الـشاهد امراً متـواتراً مشتـهراً سمـعه من جمـاعة لايتـصور تواطؤهم على الكذب، ويشـتهر ويسـتفيـض تتواتر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها(٢)

---

(١) الطعن رقم ١٣ لسنة ٣٣ق احوال شخصية جلسة ٤/ ١/ ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٨ق ٥٤ ، الطعن رقم ١٢ لسنة ٣٦ق أحوال شخصية جلسة ٢٧/ ٣/ ١٩٦٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ق ٦١٤

(٢) الطعن رقم ١٤٢ سنة ٥٨ق - أحوال شخصية جلسة ٢٧/ ٢/ ١٩٩٠ مجموعة المكتب الفنى س ٤١ص ٦٢٥

الباب الثالث

إضافة وتكملة
(خاتمة)

نصت بعض مواد القوانين الوضعية على دعاوي لاتثبت عند انكار المدعى عليه إلا بدليل كتابى، وبعضها لايثبت إلا بدليل رسمى، على ماهو مرسوم وموضح بتلك المواد. فهل تثبت تلك الدعاوى - من باب أولى - بشهادة التواتر اذ التواتر كما أسلفنا من الأدلة التى تفيد القاضى علماً قطعياً فيكون بناء الحكم عليه أقوى من بنائه على الكتابة ولو كانت رسمية لأنها لاتفيد إلا ظناً راجحاً إذ احتمال التزوير فيها قائم فى جميع الأحوال؟

ظاهر النصوص القانونية ونصوص اللائحة أن الشهادة ولو بلغت حد التواتر لاتقوم مقام الدليل الكتابى المنصوص عليه فى تلك المواد.

والذى يتراءى لى أحد أمرين:

أما أن واضعى القوانين لم يفطنوا لدليل التواتر ولذا لم يلتفتوا إليه ولم يعرجوا عليه كما فعل فقهاء الشرع الإسلامى ولجنة المجلة العدلية.

وأما أن يكونوا قد رأوا من المصلحة اقفال باب شهادة الشهود كما أمكن الاثبات بالكتابة وأن يوصدوه ايصادا. لأنه لو فتح لتمكن أصحاب الدعاوى الكاذبة أن يحضروا شهوداً كذبة وأن يستكثروا منهم ثم يزعموا أن الشهادة قد بلغت حد التواتر، والحال أنه لاتواتر وقد يدخل فى هذا التلاعب وتطغى الأهواء، ولاتنس ماهو آنفاً نقلا عن شرح المجلة مما يتعلق بذلك. إذا يكونوا قد أحسنوا صنعا.

وكل مافى الأمر أن تضحى حقوق ثابتة فى الواقع ونفس الأمر لأن لأن أصحابها لم يحتاطوا لصيانتها ولم يتخذوا الطريق القانونى المنضبط لحفظها ولاشك أن ضبط طرق الأحكام بما يمنع التلاعب ويقضى على الآهواء الفاسدة أولى من ترك الأمر فوضى ومسائل طرق الاثبات مرنة ولاعبرة إذا بضياع مايضيع من الحقوق بسبب

ذلك لأنه قليل جـداً بالنسبة إلى مـايصان منها بسـبب ذلك فيـعتبـر فى حكم العدم، والعبرة للمظان الكلية فهى التى يجب أن تكون مناط الأحكام، لما أسلفنا.

وأما إذا وجدت شهادة تواتر تثبت عكس ماتثبته الأوراق ولوكانت رسمية فانه يؤخذ بها حتماً لأن الأوراق يمكن أن يطعن فيها بالتزوير، ومن أدلة التزوير الشهادة العادية، فـما بالك لـو بلغت الشهـادة إلى حـد التـواتر؟ لاشك أن الأخذ بـها يكون أحـرى وأولى.

الجـــزء الثـــانى

الأدلـــة
التى تفيد القاضى ظـنا راجحـاً

الخط أو الكتـــابة
الشـــهادة
المعـــاينـــة
الإقـــرار
اليـــمـــين
القـــسامـــة
القـــرينـــة
القـــيـــافـــة
القـــرعـــة



البـــاب الأول

الخط
أو الكتابـــــة

هل يعتبر الخط من طرق الاثبات

أدلة المانعـون

أدلة المجوزين

اللوائح الشرعية والمجلة العدلية

القوانين المصريـــة

الفصل الأول

هل يعتبر الخط من طرق الإثبات

اختلف فقهاء الشرع الإسلامى فى اعتبار الخط (الكتابة) طريقاً من طرق أثبات الدعوى فأجاز الاحتجاج به فريق منهم ومنعه فريق آخر .

وهاك جملة القول فى ذلك.

الفرع الأول

أدلة المانعون

استدل المانعون:

(أ) بأن الخطوط قابلة للمشابهة والمحاكاة فمع قيام هذا الاحتمال لايجوز الاحتجاج بالخط لجواز التزوير فيه. وهذه شبهة تمنع من العمل به.

قال كمال الدين بن الهمام (الحنفى) قد رأينا كثيراً تتحاكى خطوطهم حتى أنى رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضى بدر الدين الدمامينى. كان رحمه الله فقيهاً مالكياً شاعراً أديباً فصيحاً، وخط رجل آخر بها يعرف بالخطيب ولا يفرق الإنسان بين خطيهما أصلا. ولقد أخبرنى من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلا كان معبداً فى الصلاحية بالقدس الشريف ووضع رسم شهادته فى صك فأخذ من صاحبه عدوانا، فكتب رجل مثله ثم عرضه على الكتاب فلم يشك أنه خطه.

وقال ابن عبدالسلام (المالكى) من عرف خط إنسان بكثرة رؤيته لكتابته ثم أتى بشىء مما كتبه ذلك الإنسان ليشهد بأنه خطة فالشاهد لم ير هذا الخط حين كتبه. فاعتماده فى الشهادة انما هو على ظن حصل فى ذهنه أن الذى رآه الآن هو من نوع الذى كان رأى ذلك يكتبه. جعل هذا مدركاً للشهادة فى غاية الضعف وأحرى إذا كان على خط من لم يره يكتب ولم يجمعه وإياه زمان ولا مكان معتمداً على كثرة مارأى من خطه الذى ينسب إليه(١)

(ب) يحتمل أن كاتب الخط قد كتبه للتجربة، أو كان يلهو ويلعب، أوكان يحرر صورة عقد أوصك تحريراً ابتدائياً ثم يهذبه ويزيد فيه أو ينقص فيما بعد، وقد يموت تاركاً هذه المسودة التى لم تخرج عن كونها مشروعاً لعمل كان يريده فمات قبل أن يتمه. فمع هذا الاحتمال كيف يحتج بالخط؟

وقد منع الاحتجاج بالخط جمهور الحنفية، وإن كانت النقول فى كتبهم فى ذلك مضطربة كما حكاه فى تنقيح الحامدية وقد انحصرت الأدلة الشرعية عندهم فى ثلاثة، الاقرار والبينة والنكول، وأما الخط فقد اعتبره الشيخ خير الدين الرملى (وهو من جمهور فقهاء المذهب الحنفى) خارجاً عن حجج الشرع، وقال انه لم يستند فى الاحتجاج به على نص قاطع واستهواه السجع فقال ماقال فى ذلك(٢) نسأل الله ألا يحرمنا من الهداية والتوفيق.

ونقل الأمام ابن القيم عن الشافعى رضى الله عنه أنه لايعتمد على الخط لا فى الحكم ولا فى الشهادة، ولكن فى مذهب الشافعى وجه آخر وهو أنه يجوز لكل من الشاهد والقاضى أن يعتمد على الخط إذا كان محفوظا عندهما.

---

(١) قارن هذا بعمل أهل الخبرة في الخطوط الآن.

(٢) وها هي ذي عبارة الشيخ خير الدين بنصها قال لها عبرة لمجرد الخط والكاغد «أي الورق» بلا بيان فقد صرحوا قاطبة بأنه لايعتمد علي مجرد الخط ولايعمل به بل هو خارج عن حجج الشرع الشريف والقاضي لايقضي إلا باحدي حججه وهي البيئة «أي الشهادة» والاقرار والنكول هذا شرع محمد سيد ولد عدنان، لها الرسم في الورق من أي كائن والعبرة لما هو واقع، لها لما كتب بالخط من الوقائع، اذ لم ينص عليه الشارع، ولا اعتمد امام بارع يستند إلي نص قاطع.

الفرع الثانى

ادلة المجوزين للعمل بالخط

قالوا قد ثبت العمل بالخط بالأدلة المتكاثرة من الكتاب والسنة والاجماع. وبالكتابة حفظ الله هذه الشريعة حتى علمها من تأخر كما علمها من تقدم، ولولا ذلك لذهبت الشريعة ولا سيما فى العصور المتأخرة فإن الحفاظ فيها فى غاية القلة ولم يبق من العلم إلا ماحوته بطون الدفاتر. وهكذا حفظ الله بالكتابة اخبار السلف حتى عرفها الخلف ولولا ذلك لذهبت بها الأعصار وصارت نسياً منسياً، وبهذا ظهرت الحكمة الإلهية فى الأمر بالكتابة بنص القرآن فى آية المداينة لحفظ الحقوق. ومن أدلة السنة على اعتبار الكتابة أمره صلى الله عليه وسلم بكتب المصالحة بينه وبين قريش، ومنها كتب الامانات ومنها كتب الاقطاعات، ومنها كتب عقد الذمة والصلح. ومنها كتاب عمرو ابن حزم الذى كتبه إليه صلى الله عليه وسلم وأخذ الصحابة كثيراً من الأحكام الشرعية عنه. وقد حكى الامام الرازى فى المحصول اجماع الصحابة على العمل بالخط (٣)، وأما من بعد الصحابة فيدل عليه اجماعهم الفعلى على الاحتجاج بذلك والعمل به فى معاملاتهم وفى المصنفات فى الفنون العلمية على اختلاف انواعها (ظفر اللاضى).

وفى الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (ماحق امرئ مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده) فلو لم يجز الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة الوصية فائدة (الطرق الحكمية)، وقد دلت الأدلة المتضافرة التى تقرب من القطع على قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع إذا عرف الصوت مع أن تشابه الأصوات إن لم يكن أعظم من تشابه الخطوط فليس دونه وقال بعض الكبار من فقهاء المالكية أن الخطوط وإن كان يشبه بعضها بعضاً لكن الاشتباه بينها قليل أو نادر وقد يزول عند تدقيق النظر فيها فهى فى ذلك كسائر الأشخاص والصور التى يشبه

---

(٣) قارن هذا بما قاله الشيخ خير الدين الرملى رحمه الله.

بعضهـا بعضا لكن مع التفـاوت فى الأغلب ولا سيما عند امـعان النظر فيهـا وقد تظهر الفوارق بذلك فقلما يوجد التشابه التام من كل جهة بين خطين كما يندر ــ أو لا يوجد التشابه التام بين شخـصين أ.هـ بالمعنى مع زيادة لأجل الشرح. ومثله لابن القيم. فلم لا يعتمد على الخط كما تقبل الشهادة على الأشخاص مع قيام الاحتمال فى التشابه؟ وقال فى الطرق الحكمـية قد صـرح أحمـد والشافعى بأن الوارث إذا رأى فـى موروثه أن لى عند فلان كذا جاز له أن يـحلف على استحقاقه، وكذا لو وجـد فى دفتره أنى أديت إلى فلان ماعلى جاز له أن يحلف على ذلك إذا وثق بخط مورثه وأمانته.

ولم يزل الخلفاء والقضاء والأمراء والعمال يعـتمد بعضهم على كتب بعض ولا يشهدون حـاملها على مافيـها ولا يقرءونه عليه، هذا عمل الناس مـن زمن نبيهم إلى الآن (الطرق الحكمـية) وجاء فى تقـرير المحاكم الشـرعيـة لشيـخنا واستاذنـا الشيخ محمد عبده رحمه الله مانصه: والأدلة الخطية مهملة بالمرة لا يعدها القضاة إلا مؤيدة بالشهادات، والمعـول عليه هو الشهادة لا غير اللهم إلا فى قليل من حـجج المبايعات واعلامـات الأحكام وعار على قـوم يأخذون الأحكام من الكتب ويجلسـون للحكم بدلائل الخط لا سواها أن يأبوا اعـتبار الخط دليـلاً متى كان بامضـاء من عليه الحق أو ختمه ولا توجد فيه شبهـة التزوير. وقال فى ظفر اللاضى: وأما احتمال الخط للتزوير ومـشـابهة الخـطوط بعضـهـا لبـعض فـهـذا أمر لا ننـكره لكن لا يمنع العـمل بالخط والاحتجاج به إذا اشتدت إليه الحاجة وكان فى مأمن من التصنيع والتزوير أ.هـ.

وقد تقدم أن عـامة علماء الحنفية على عدم جـواز العمل بالخط للشبهة المتـقدمة، فالخط عـندهم لا يعتـمد عليـه أى لا يقضى القـاضى بما دل عليه عند المنازعـة (انظر الأشباه والنظائر ورد المحتار) غير انهم استثنوا من ذلك مسائل لأسباب وجيهة دعت إلى استثنائها،

وهاك خلاصة ماقالوه فيها:

خط البياع والسـمسار والصراف حجة فـيما كتبه على نفـسه وإن لم يكن معنوناً

ظاهراً بين الناس. قال فى المجتبى: وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة وإن لم يكن مصدراً معنوناً يعرف ظاهراً بين الناس، وكذا مايكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف.أ.هـ وفى خزانة الأكمل: صراف كتب على نفسه خطاً بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك فى تركته أن ثبت أنه خطه، وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة. أ.هـ أقول والظاهر أنه لابد فى هذه الحالة من يمين الاستظهار (٤). وسنذكرها فى موضعها. وقال العلامة العينى: البناء على العادة الظاهرة واجب. أ.هـ وقال فى الخانية: وصك الصراف والسمسار حجة عرفاً. قال فى رد المحتار: فشمل ماإذا لم يكن مصدراً معنوناً وهو صريح مامر عن المجتبى، وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح مامر عن الخانية.أ.هـ

وأما مايكتبه أحدهم لنفسه فلا يكون حجة له لأنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه. ولما علل ابن وهبان المسألة بأن البياع ونحوه لا يكتب فى دفتره إلا ماله وعليه ظن بعض الناس من هذا انه يعمل بكتابته فى الذى له كما يعمل بها فى الذى عليه مع أن مراد ابن وهبان أن البياع ونحوه لا يكتب فى دفتره شيئاً على سبيل التجربة للخط أو اللهو واللعب بل لا يكتب إلا جاداً ما له وماعليه (انظر رد المحتار).

قال فى الخانية والهداية والتبيين والملتقى أن الكتاب على ثلاث مراتب:

(أ) مستبين مرسوم وهو أن يكون معنوناً أى مصدراً بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره (من فلان إلى فلان) على ماجرت به العادة، ومن ذلك أن يكتب فى الصك: يقول فلان الفلانى أن فى ذمتى لفلان الفلانى كذا وكذا. ومنه ماقال فى رد المحتار: سبب تحريره هو أنه ترتب فى ذمة فلان الفلانى الخ وكذا الوصول الذى يقال فيه:

---

(٤) انظر التبصرة جزء أول ص٢٩٩.

وصل إلينا من يد فلان الفلانى الخ وكذا الوصول الذى يقال فيه: وصل إلينا من يد فلان الفلانى كذا. ومثله مايكبه الرجل فى دفتره مثل قوله: علم بيان، الذى فى ذمتنا لفلان الفلانى كذا فهذا كل مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك.

(ب) مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار والكاغد (أى الورق) لا على الوجه المعتاد.

(جـ) غير مستبين كالكتابة على الماء أو فى الهواء.

فالأول: بمنزلة القول الصريح وهو حجة كالنطق وهذا هو المعنى بقولهم: الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان، وانظر المادتين ١٦٠٩، ١٦٠٦ من المجلة.

والثانى: بمنزلة الكناية فلا يكون حجة إلا بانضمام شىء آخر إليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه، فلو كتب فى ورقة امرأته طالق كان هذا بمنزلة الكناية فيفتقر إلى ماتفتقر إليه وذلك لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها، وبهذه الأشياء المذكورة تتبين الجهة. وقيل الاملاء بلا اشهاد لا يكون حجة والأول أظهر. وانظر المادة (١٦٠٧).

والثالث: لغو لا يثبت به شىء من الأحكام وأن نوى، وهو بمنزلة كلام غير مسموع.

قال فى رد المحتار: ثم أن قول المجتبى ـ مايكتب الناس فيما بينهم الخ يفيد عدم الاقتصار على السمسار والصراف والبياع، بل مثله كل ماجرت العادة به فيدخل فيه مايكتبه الأمراء والأكابر ونحوهم ممن يتعذر الاشهاد عليهم فإذا كتب وصولاً أو صكاً بدين عليه وختمه بخاتمه المعروف فإنه فى العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكن انكاره ولو انكره يعد بين الناس مكابراً فإذا اعترف بكونه خطه وختمه وكان مصدراً معنوناً فينبغى القول بأنه يلزمه، وأن لم يعترف به أو وجد بعد موته فمقتضى مافى المجتبى أنه يلزمه أيضاً عملاً بالمعروف كدفتر الصراف ونحوه. ومثله ما إذا ووجد فى صندوقه صرة دراهم مكتوباً عليها هذه أمانة فلان الفلانى فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه.

قال فى رد المحتار ماملخصه: ومحل كون كتابة السمسار ونحوه فى دفتره حجة عليه فيما كتبه على نفسه أن يكون الدفتر محفوظاً عنده فلو كانت كتابته فيما عليه فى دفتر خصمه فالظاهر انه لا يعمل به حلافاً لما بحثه الطحاوى فإن الخط مما يزور. وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه فلا يكون حجة عليه إذا انكره أو ظهر ذلك بعد موته وانكرته الورثة (٥).

قال فى شرح المجلة: يلوح لى أن الأظهر مابحثه الطحاوى من العمل بخط التاجر ولو كان فى دفتر خصمه إذا كان خطه وختمه معروفين، وهذا لا يخالف فروع المذهب بل انه موافق لما فى المادة (١٧٣٦) من المجلة من أنه يعمل بالخط والختم إذا كانا خاليين من شبهة التزوير، ولا حاجة إلى الأثبات بوجه آخر. وقد يقع كثيراً فى زماننا أن بعض الناس يشترى من البياع بضاعة بثمن معلوم ويكتب ذلك على نفسه فى دفتر البياع ويمضيه بامضائه أو يختمه بختمه، فإذا كان خط المشترى فأية شبهة بعد ذلك، لا سيما وقد جرت به العادة عند أكثر الناس حتى صاروا يعتاضون بذلك عن السندات المعتادة. وهو كلام ظاهر ينبغى الأخذ به لتسهيل المعاملات وأن كانت الرأى الأول احوط وأحزم. وانظر تقرير الرافعى.

وقال فى تنقيح الحامدية: وسئل قارئ الهداية عن شخص ادعى على شخص بحق وأظهر خط يده بذلك وأنكر المدعى عليه هل يحلفه القاضى أنه ليس خطه أم يحلفه على عدم الاستحقاق أو يستكتبه فأجاب إذا كتب علم رسم الصكوك وجحد أنه خطه يحلف على أنه ليس بخطه لأنه انكر الكتابة أو يستكتبه القاضى فإذا كتب وقال أهل الخبرة هما واحد ألزمه الحق، وأن اعترف أنه خطه وأنكر ماكتب فيه حلف المقر له أن المقر قبضه وقضى له وإن لم يحلف لا يقضى له (انظر الجزء الأول من التبصرة ص ٣٠٠) وأجاب عن سؤال آخر إذا كتب على رسم الصكوك يلزمه المال وهو أن يكتب: يقول فلان بن فلان الفلانى أن فى ذمته لفلان بن فلان الفلانى كذا وكذا فهو اقرار يلزم، وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه.

---

(٥) يقارن هذا بما أفتى به شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ــ أنظر فتاواه جزء رابع ص٣٦.

وأجاب عن سؤال آخر إذا كتب اقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا جحد ـ إذا عرف الشاهد ماكتب اقراره عليه، أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته فلا يحكم بذلك. وسئل عمن انكر المسطور هل يحلف عليه أنه ماكتبه أو يحلف على عدم الاستحقاق؟ فأجاب يحلف على عدم الاستحقاق خاصة.أ.هـ

هذا ولما نقل فى تنقيح الحامدية فروعاً متعارضة فى الاحتجاج بالخط قال والحاصل انه اضطرب كلامهم فى مسألة العمل بالخط. ولعله مبنى على اختلاف الرواية أو أن فيه قولين.أ.هـ

ملاحظة: مايكتبه التجار على احمالهم من العلامة الدالة على اسم صاحبها هل تدل العلامة على أن الحمل ملك صاحب العلامة؟ الجواب إن كان صاحب العلامة أو وكيله واضع اليد على الحمل فلا كلام فى أن وضع اليد دليل الملك ظاهراً بلا بينة، ولا عبرة حينئذ بمجرد الكتابة، وإن لم يكن هناك وضع يد فالأصل أيضاً أن الحمل لصاحب الإسم حيث لم يثبت بالبينة الشرعية انه لغيره.أ.هـ انظر التنقيح.

قالوا: ويجوز رجوع القاضى فى حكمه إلى دواوين من كان قبله من الأمناء لأن سجل القاضى لا يزور عادة حيث كان محفوظاً عند الأمناء بخلاف ماكان بيد الخصم (انظر رد المحتار).

وقال فى الفتح يسلك بالوقف منقطع الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ماكان عليه فى دواوين القضاة (تنقيح) وفى الخيرية إن كان للوقف كتاب فى سجل القضاة وهو بأيديهم اتبع مافيه استحساناً إذا تنازع أهله فيه. قال فى رد المحتار: الظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة احياء الأوقاف ونحوها عند تقادم الزمن بخلاف السجل الجديد لامكان الوقوف على حقيقة مافيه باقرار الخصم أو البينة فلذا لا يعتمد عليه وعلى هذا فقول الزيلعى ـ ليكون حجة عند الحاجة معناه عند تقادم الزمان. وهذا صريح فى جواز العمل بالحجة وأن مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتاً فى السجل المحفوظ. أ.هـ لكن لابد من تقادم العهد كما قلنا توفيقاً بين كلامهم (انظر

رد المحتار والأشباه والحموى) وفى المادة ١٧٣٨ من المجلة مانصه: يعمل أيضاً بسجلات المحاكم إذا كانت قد ضبطت سالمة من الفساد على الوجه الذى يذكر فى كتاب القضاء.أ.هـ غير انه لا يعمل بسجل المحكمة إذا لم يكن موقعاً عليه من الرئيس والباشكاتب، وبذلك قرار من محكمة التمييز (انظر الشرح) وجاء فى المادة (١٦٣٩) مانصه: لا يعمل بالوقفية فقط، ولكن إذا كانت مقيدة فى سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه تكون معمولاً بها على ذلك الحال.أ.هـ وأنت ترى من هاتين المادتين عدم التقييد بالتقادم بل المدار على سلامة السجل من التزوير.

ومما يناسب ذكره هنا مانقله فى شرح المجلة عن الخانية ونصه: رجل وقف ضيعة له واشهد الشهود على مافى الصك، ثم قال الواقف انه وقفت على أن بيعى فيه جائز إلا أن الكاتب لم يكتب ذلك الشرط ولم أعلم بالذى كتب فى الصك. قال الفقيه أبو بكر البلخى أن كان الواقف رجلاً فصيحاً يحسن العربية فقرئ عليه الصك فأقر بجميع مافيه فالوقف صحيح كما كتب ولا يقل قوله. وإن كان الواقف أعجمياً لا يفهم العربية ولم يشهد الشهود على تفسيره فالقول قول الواقف أنى لم أعلم مافى الصك وأشهدت على مافى الصك من غير أن اعلم مافيه. وإن قال الشهود قرئ عليه الكتاب بالفارسية فأقر به واشهدنا عليه لا يقبل قوله. وهذا لا يختص بالوقف بل يتناول البيع وسائر التصرفات.

اقول: لما تليت المادة (١٣٧) من اللائحة على هيئة مجلس الشورى قال أستاذنا العلامة الشيخ حسونة النواوى رحمه الله: الواقف موجود وهو يقول أنا شرطت الشروط العشرة لكن الكاتب لم يسجلها فلما يمنع؟ وأيده فى ذلك صاحب السماحة نسيب افندى قاضى مصر واستدل بقول فى المذهب على أن له ذلك. وقال الشيخ حسونة العبرة بما تلفظ به الواقف. فقال وكيل الحقانية أنه قد وضعت لذلك اجراءات خاصة هى أن يحضرالواقف أمام القاضى أو المأذون ويقرر أمامه مايريده ثم يكتب ويقرأ عليه ويشهد به الشهود ثم يسجل فى السجل المصون، على أن الدعوى تسمع من الواقف بشرط أن يثبت ذلك بالبرهان ولا يكتفى بمجرد قوله، وأن الغرض من وضع هذه المادة منع

التلاعب بالأوقاف كما دلتنا على ذلك التجارب. أ.هـ ملخصاً. انظر محضر ٩ مايو سنة ١٩١٠ فأنت ترى من هذا انه لا فرق بين السجل الجديد والقديم فى الاعتماد على كل بعد أخذ كل هذه الاحتياطات. وهذا هو الذى ينبغى المصير إليه منعاً للتلاعب كما اثبتت ذلك الاستقراءات العديدة على أن باب الطعن بالتزوير مفتوح أمام من يريد.

اقول ــ وقد ذهبت لائحتنا الشرعية إلى أبعد من هذا فأجازت الاعتماد على حجج الوقف القديمة غير المسجلة إذا كانت الأعيان المدعاة تحت يد مدعيها (المادة ١٣٤) (٦).

والبراءات السلطانية المتعلقة بالوظائف حجة فيما دون بها لبعدها عن التزوير ولتعذر اقامة البينة على مايكتبه السلطان من البراءات لأصحاب الوظائف ونحوهم، وكذا منشور القاضى والوالى وعامة الأوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته، واحتمال امكان تزويرها على السلطان لايدفع ذلك لأنه أن وقع فهو أمر نادر جداً ولا شك أنه أندر من امكان تزوير الشهود. ثم هو أولى بالقبول من دفتر السمسار ونحوه (انظر رد المحتار) وقد نقل عن شرح الأشباه للبعلى أن لشارح الدر العلامة علاء الدين رسالة حاصلها ــ بعد أن نقل مافى الأشباه وأن ابن الشحنة وابن وهبان جزماً بالعمل بدفتر الصراف ونحوه لعلة أمن التزوير كما جزم بذلك البزازى والسرخسى وقاضيخان ــ أن هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها إلى أن قال. فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية (مثلاً) يعمل به من غير بينة. وبذلك يفتى مشايخ الإسلام وقال فى تنقيح الحامدية، ومثل البراءات السلطانية الدفتر الخافانى المعنون بالطرة السلطانية فإنه يعمل به لعلة أمن التزوير بل الأمن من التزوير مقطوع به فيها. وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة. أ.هـ ملخصاً.

وجاء فى المادة (١٧٣٧) من المجلة مانصه: البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونها آمنة من التزوير معمول بها أ.هـ (٧).

---

(٦) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(٧) وجاء فى شرح المجلة لحيدر أفندى مانصه أن البراءات السلطانية أمينة من التزوير لأن هذه البراءات انما تعطى بعد صدور الارادة السنية الملوكية ثم تسجل الارادة المذكورة فى قلم الديوان الهمايونى وهذا السجل يحفظ فى امكنة حريزة. كما أنه قد وضع عقوبات شديدة على من يرتكب جريمة التزوير فيها.

أقول فتلخص مما تقدم أن المانع من العمل بالخط والاحتجاج به أحد أمرين.

(الأول) احتمال التزوير.

(الثانى) احتمال أنه كتبه للتجربة أو اللهو واللعب أو لغرض آخر كما تقدم لا ليؤخذ بما تضمنه فإذا كان الخط مرسوماً مستبيناً انتفى الاحتمال الثانى.

وكذا لو قضت العادة بأنه لا يكتب إلا جاداً كما فى دفتر السمسار ونحوه وأما الاحتمال الأول فمن الصعب جداً انتفاؤه ولأجل ذلك كان باب الطعن بالتزوير حتى فى الأوراق الرسمية مفتوحاً.

فلو وقفنا العمل بالخط لاحتمال التزوير لتعطلت مصالح الناس ولأختل نظام التعامل بين الناس ولا سيما التجار أشد اختلال، فوجب وجوباً محتماً رعاية مصالح الناس واتقاء الضرر بقدر الاستطاعة. ولا سيما وقد تقدم تقدماً عظيماً فن معرفة الخطوط ومضاهاتها وماتكتب به وطرق فحصه وتحليله إلى غير ذلك مما أصبح فناً عظيماً يلزم للوصول إليه معرفة كثيرة وممارسات عديدة متكررة، ولكنه (ويا للأسف) كما تقدمت الطرق التى يعرف بها التزوير فى الأوراق حتى أصبح من الممكن ولو بجهد كبير معرفة مادق وخفى من التزويرات ـ تقدمت أيضاً طرق التفنن فى التزوير واتقانه حتى كاد يستعصى الداء ويعز الدواء على حد قول القائل ـ كلما داويت جرحاً سال جرح ـ ولا يزال جيش الحق والباطل يتصارعان وعوامل الخير والشر يتنازعان ليقضى الله أمراً كان مفعولاً.

اقول أن الفقهاء رضى الله عنهم بنوا أحكام العمل بالخط على الاحتياط وراعوا الظروف التى كانت محيطة به، ولم يفتهم أن وسعوا على الناس فى مواضع الضروريات والحاجات وقد بذلوا فى ذلك مافى وسعهم، جزاهم الله خيراً.

والآن قد اتسعت دائرة العمل بالخط اضعاف ماكانت عليه من قبل كما اتسع علم أهل الخبرة فى معرفة الخطوط والفروق والموافقات بين خط وخط ومايتصل بذلك فلا جرم اتسعت دائرة الاحتجاج بالكتابة حتى كادت تكون الدليل الوحيد من الحجج التى تثبت بها الحقوق المدنية، ولم يخرج عنها إلا القليل عدداً والقليل أهمية.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

– الأوراق الرسمية حجة بما دون فيها من بيانات قام بها محررها أو شاهد حصوله من ذوى الشأن أو تلقاه عنهم فى حدود سلطته واختصاصه مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. م١١ إثبات. (١)

–المحررات الرسمية. حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. م١١ إثبات. (٢)

– تزوير المحرر. إثباته. سبيله. الإدعاء بالتزوير إما بطلب عارض أو بدعوى أصلية إذا لم يكن قد تم الاحتجاج به بعد فى دعوى سابقة. (٣)

– دعوى التزوير الأصلية. وجوب اختصام من بيده المحرر ومن يفيد منه. تخلف ذلك. أثره. عدم قبولها. (٤)

– الأصل فى الإجراءات أنها روعيت. على من يدعى مخالفتها إقامة الدليل على ذلك. جحد الثابت بورقة الحكم أو مسودته من بيانات. بطريق الطعن بالتزوير. (٥)

– محضر إعلان أوراق المحضرين من المحررات الرسمية. حجيته مطلقة على مادون بها من بيانات باشرها محررها فى حدود مهمته. عدم جواز المجادلة فى صحتها مالم يطعن بتزويرها وثبوته. (٦)

---

(١) ، (٢) الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ٢٨/ ١/ ٢٠٠٣

(١) (الطعن رقم ٤٦ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» ــ جلسة ٢٥/ ١١/ ٢٠٠٠)

(٢) (الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٦٢ ق «أحوال شخصية» ــ جلسة ٢٩/ ٥/ ٢٠٠٠) ، مجلة القضاة السنة ٣٢ العدد ١ ص ٥٠٨ قاعدة ٥٢

(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/ ٦/ ١٩٩٩) ، مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ١ ، ٢ ص٦٤٠ قاعدة ١٣١

(الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية»» جلسة ٢٤/ ٥/ ١٩٩٩) مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ٢٢١ ص ٦٤٠ قاعدة ١٣٠

(٣) (الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» ــ جلسة ٢٤/ ٣/ ٢٠٠١)

(٤) (الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» ــ جلسة ٢٤/ ٣/ ٢٠٠١)

(٥) (الطعون رقم ١٧٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» ــ جلسة ٢١/ ٦/ ١٩٩٩)

، الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٦٢ ق ــ أحوال شخصية ــ جلسة ٢٢/ ٤/ ١٩٩٦

(٦) (الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٢/ ٢/ ١٩٩٩)

مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ١، ٢ ص٦٤٠ قاعدة ١٢٩

ـ عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو تزويرها وفى الموضوع معاً. م ٤٤ اثبات. علة ذلك. لا يغير من ذلك أن يكون الادعاء بتزوير المحرر حاصلاً أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة ثانى درجة، ولا أن يكون القضاء من أيهما صادراً بصحته أو برده وبطلانه، وسواء كان من الأخيرة بالتأييد أو الالغاء. علة ذلك. (٧)

ـ دفتر الختام ليس من الأوراق الرسمية ولا حجة له فى إثبات أن المنسوب إليه الختم المطعون فيه هو الذى طلب إلى الختام أن يصنعه. (٨)

ـ الورقة العرفية حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع التحلل من حجيتها غير ممكن إلا أن يثبتت هو كيفية وصول إمضائه الصحيح على الورقة (٩).

ـ إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقاً لما تقضى به المادة ١٤/ ١ من قانون الإثبات . كما أن التوقيع ببصمة الختم ممن صدر منه لا ينفى توقيعه عليه ببصمة الإصبع أيضاً، إذا يكون التوقيع ببصمة الإصبع بالاضافة إلى التوقيع ببصمة الختم تلبية لرغبة الطرف الآخر الذى يقصد التحفظ من الطعون التى قد توجه فى المستقبل إلى بصمة الختم. (١٠)

ـ الرسائل الموقع عليها حجة على المرسل بصحة المدون فيها إلى أن يثبت عكسها. خضوعها لتقدير قاضى الموضوع طالما بنى على أسباب سائغة.

الزوج فى علاقته بزوجته ليس من الغير فى صدر السرية المقررة للمكاتبات. عله ذلك. مؤداه. لكل منهما الاحتجاج بما تتضمنه الرسالة الموقعة من الآخر بما تحمله من دليل لصالحه فى شئون الزوجية دون البحث فى مشروعية الحصول عليها. (١١)

---

(٧) (الطعنان رقما ٨ ، ٣٢ لسنة ٦٢ قضائية ـ أحوال شخصية ـ جلسة ٨/ ٧/ ١٩٩٦)

(٨) الطعن رقم ٣٣٣ سنة ٢١ ق جلسة ٢/ ٦/ ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاماً الجزء الأول ص٢٨ قاعدة ١٠٠

(٩) الطعن رقم ٣٨٧٣ سنة ٦٠ ق جلسة ١٠/ ٣/ ١٩٩٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص٤٣٤

(١٠) (الطعن رقم ٤٧٢٥ لسنة ٦٧ ق ـ جلسة ٢٨/ ٤/ ٢٠٠٢)

(١١) (الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٦٢ قضائية ـ أحوال شخصية ـ جلسة ٢٥/ ٣/ ١٩٩٦)
مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص٥٥٠

- الإثبات فى المواد التجارية جائز بكافة الطرق القانونية ، حتى لو إنصرف إلى إثبات ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة . (١٢)

(١٢) الطعن رقم ٦٤١ لسنة ٦٤ق جلسة ٦/ ٣/ ٢٠٠٣

الفصل الثانى

نبذة تاريخية

اللوائح الشرعية والمجلة العدلية

رأيت الإبقاء على هذا البحث كما هو كما جاء فى الطبعات الأولى لما له من أهمية وقيمة علمية ومرجع لمن أراد الاستزادة.

(الطبعة الرابعة)

الفرع الأول

اللائحة الشرعية

ما جاء فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (١)

لم تكن لائحة سنة ٩٧ وافية بالغرض فيما يتعلق بالأدلة الخطية، وكان القضاة يتخبطون فيها ويحيدون عن السنن المستقيم وبعد أن مر الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده رحمه الله بالمحاكم الشرعية ونظر فى أعمالها وأطلع على ما فيها كتب تقريره النافع القيم وضمنه ما شاهده وما رآه من وجوه الإصلاح وكان مما قاله فيه أن الحامل لقضاتنا على عدم اعتبار الأوراق الرسمية

---

(١) القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية وإحالة الدعاوى التى تكون منظورة أمامهم إلى المحاكم الوطنية نص فى المادة الخامسة منه «تتبع أحكام قانون المرافعات والإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين الأخرى المكملة لها»، وتضمنت المادة الثالثة عشر منه إلغاء المواد ١ ـ ٤ و ١١ ـ ١٩ و ٢٩ ـ ٥١ و٥٣ ـ ٩٧ و١٠٠ ـ ١٣٦ و١٣٨ ـ ١٧٨ و١٨٠ و١٧٢ ـ ٢٧٩ و٣٢٩ - ٢٤٢و ٣٤٨ و٢٥١ و٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١.

هذا وقد ألغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ كما ألغيت اللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

إنما هو العادة التى ألفوها وظنوها شريعة ومـا هى منها فى شىء فإنهم يغفلون النظر إلى الأوراق حتى فيما صرحت اللائحة باعتبارها فيه. وأن كل قاض يجد من نفسه أن نبأ يأتيه فى ورقـة رسمية من قبل مـعاون البوليس أوثق عنده من شهادة عـشرين شاهداً مجهولين له، لكنه يظن أن طرق العلم الشرعية هى غير الطرق التى يعدها البشر طرقاً له وإلا فما قيمة الشهود فى هذه الأيام بالنسبة إلى ما يثبت فى الأوراق الرسمية الخالية من شبـهة التـزوير. قال وقـد سمعت من سـماحـة قاضى أفندى مـصر أن رجـلاً جاء إلى المحكمة وهو معروف بشـهادة الزور فغضب سماحة القـاضى لرؤيته هناك وقد سبق له إبعاده عن المحكمة، فاحتج بأنه يحمل ورقة من ديوان الأوقاف ليوصلها إلى وكيله أمام المحكمة وأبرز الورقة فأمـره القاضى بالخروج بعد تسليمها. فقـام رجل آخر قائلاً كيف تخرجون شاهدى فإنما جـاء الرجل ليشهد لى فى دعواى فأصر سمـاحته على إخراجه فانطلق المدعى وهو يقول إذا لم يسمع إلا الشهـود الصادقون فمن أين نأتى بشهود على مـا ندعى، هذا هو الشـعـور العـام عند الناس كـافـة فكيف تطرح الأوراق الرسـمـيـة خصوصاً ما صدر منهـا من قاض شرعى ويحتج بمفتريات هؤلاء الكذبة أهـ (٢). أقول حديث شهود الزور فى المحاكم الشرعية يطول كحديث الأفاعى، وإن كثيراً من القضاة يعرف كثـيراً منهم، وقد قال لى أحـد أفاضل القضاة أنه أصـبح لا يمكن شاهد زور من الشهـادة أمامه وإذا وقع بـصره على واحد منهم أمـر بطرده من المحكمة فى الحـال وقد خافه جميعهم فجزاه الله عن العدل والحق خيراً ورحمة الله رحمة واسعة. وأننا لنرجو أن يكون كل القضاة كذلك.

ثم قـال الأستاذ الإمـام رحمـه الله: فالـذى أراه أن يصدر الأمـر عاجـلاً باعتـبار الأوراق الرسميـة الخالية من شبهة التـزوير من الأدلة الشرعية بلا استـثناء فإننا نعول عليها فى أهم أركـان ديننا كما هو معلوم بل أن حـضرة القاضى نفسه لم يعـتمد فى العلم بوظيـفـة القـضاء التى عـهـد بهـا إليه إلا علـى ورقة رسـمية ولم يـشهـد له

---

(٢) وقد طبع هذا التقرير سنة ١٨٩٩ وكان له أثر نافع مبارك على المحاكم الشرعية نشلها من الحضيض إلى الذروة كما يظهر ذلك بمقارنة ما هى عليه الآن وما كانت عليه من قبل من كل جهة حسا ومعنى. فجزى الله الأستاذ الإمام ـ الشيخ محمد عبده ـ خير الجزاء ورضى عنه وأرضاه.

شاهدان بتوليتـه. فما الذى سوغ له أن يجلس للقضاء قـبل أن يسمع من الجناب العالى لفظ وليـتك وأن يشهـد له شـاهدان بذلك، ولكنها عـادات نفـرت الناس من الشريعـة وألصقت بها ما هى بريئة منه وإلا فهذه أصول الشريعة لا تزال محفوظة ظاهرة نقية لمن أراد أن يفهمها متى شاء أهـ وقد حقق الله تعالى ما طلب.

ولما أريد وضع اللائحة الجديدة للمحاكم الشـرعية (القانون ٣١ سنة ١٩١٠) وكان وكيل الحـقانية وقتـئذ المرحوم فتـحى باشا زغلول لاحظ ما اقتـرحه الأستاذ الإمـام وقد صادف ما كانت نفـسه منطوية عليه من الميل لإصلاح المحاكم الشرعـية فوفى الموضوع حقـه فى اللائحـة الجديدة وأشـار إلى هذا فى المذكرة الإيضـاحيـة حيث قـال مانـصه: أفردت الأدلة الخطيـة بفصل على حدة اعتناء بشـأنها لأنها قد تكون أقـوى من الشهادة وخصوصاً فى هذا الزمان، وقد كانت مهملة عند القضاة لا يعولون عليها ولا يعتبرونها إلا مؤيدة للشـهادة مع أن الشرع لا يأبى اعتـبارها فى الاستدلال، وقـد وضع فى لائحة سنة ٩٧ بـعض أحكام تتـعـلق بالأدلة الخطيـــة (المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧ و٢٨ و٣٣) من اللائحة المذكـورة ولكنها غيـر كافية لعـمل المحاكم فزيد فى هذا الفـصل أحكام أخرى نافعة جداً فبينت الأوراق الرسمية وأحكام كل من النوعين ألخ أهـ.

ويلاحظ أنه لما تليت مـواد الأدلة الخطيـة على هيـئـة مجلس الشـورى لم يصـادف اعتبارها من الحـجج الشرعية اعتراضاً مـن سماحة قاضى مصر ولا من فـضيلة الأستاذ الشيخ حسونة ولا من غيرهما اللهم إلا بعض مناقشات جزئية لم تمس جوهر الموضوع (راجع محضر ٩ مايو سنة ١٩١٠).

وهـــاك جـملة القـول فيـما جـاء فى اللائحة الشـرعية الحـالية مما يتـعلق بالدليل الكتابى (٣)

الإقرار بـالكتابة كـالإقرار باللسـان (المادة ١٣٠) وهذا موافق للمـادة (١٦٠٦) من المجلة كما أسلفنا ويلاحظ أن الإقرار باللسان فى مجلس القضاء أقوى دلالة من الإقرار المكتـوب الـذى يحـتج به المدعى عـلى المدعى عليـــه، والمدعى عليـــه ينـكره، ولذا

(٣) المواد من ١٣٠ إلى ١٣٨ هى بعينها فى لائحتى سنة ١٩١٠ وسنة ١٩٣١ مع تعديل فى بعضها.
ألغيت المواد من ١٣٠ إلى ١٣٦، ١٣٨ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.
ألغيت اللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

كان باب الطعن فيه مفتوحاً على مـا سيأتى وعلى ما ذكرناه فيما سبق، والأوراق التى يستدل بما كتب فـيها على الخصم المنكر تنقسم إلى رسمية، وغـير رسمية (المادة ١٣١) وتسمى الأوراق غير الرسـمية عندنا بالأوراق العرفية، وقـد قدمنا أنها تسمى فى قانون المحاكمات الحقوقية العثـمانى بالأوراق العادية وأن فقهاء الشريعة ما كانوا يعـرفون هذا التـقسـيم القـانونى بل تكلمـوا فى حجـية الكتـابة جـملة كمـا أسلفنا ولاحظوا فيـما نسـميه نحن الآن بالأوراق الرسـميـة مثل ما لاحظه فـقهـاء القانون، ولكن اختلف التعبـير، وكذا المجلة العدلية لم تعرج على هذا التقـسيم وكأنهم تركوه لقـانون المحـاكمـات على مـا أسلفنا وجـاء فى المادة (١٣٢) تعـريف نوعى الأوراق وهاك نصها ـ الأوراق الرسـمية هى كل ورقة تصدر من مـوظف فى إحدى المصالح العمـوميـة مخـتص بمقتضى وظـيفتـه (أى عمله) بإصـدارها ويدخل فى ذلك وثائق الزواج والطلاق.

والأوراق غيـر الرسمية هى مـا عدا ذلك، وقد جاء فى شـرح لائحة سنة ١٩١٠ للأستاذين الفاضلين أحمد بك قمحة وعبدالفتاح بك السيد اعتراض على إيراد المادة عبـارة (ويدخل فى ذلك وثائق الزواج والطلاق) إذ قالا فى التعـريف المذكور بالمادة: إنه يشمل جميع ما يصدر عليه التعبيـر بأوراق رسمية فيندرج فيه بطبيعة الحال وثائق الزواج والطلاق ولكن شارع اللائحة خصهمـا بالذكر فى آخر الفقرة الأولى، وليس لذلك مبرر سوى ما يكون قد خشـيه من قيام الوهم فى بعض النفوس من أن أعمال المأذونين فى مسائل الزواج والطلاق لا تعد صـادرة من المحاكم الشرعية، على أنه لا محل لهـذا الوهم، إذ هى صادرة من مـوظف عمـومى منوط بها بطريق الإنـابة لهذا الغرض، وما كان هناك من داع لنص خاص فيما نرى أهـ بعبارته.

أقـول لكن جـاء فى المذكـرة الإيضـاحـيـة للائحـة التى شـرحناها مـا نصـه، أن المحـاكم كـانت فى حيـرة وشك من جهـة وثائق الزواج والطلاق، أتعـتبرهـا أوراقاً رسمية أو غير رسمية ولذا نص عليها أهـ.

وحجـية الأوراق الرسـمـية على من وقع عليـها وعلى غيـره منصوص عليـها فى المادتين (١٣٣ و١٣٤).

المادة ١٣٣ كل سند شرعى صادر من المحاكم الشرعية مطابق لما فى سجله مستوف شروطه الشرعية يعد حجة فيما تحرر به على من كان شاهداً عليه أو على من تلقى الحق عنه أهـ.

قال فى الشرح ـ والظاهر أن لفظ «سند» الوارد فى هذه المادة يشمل جميع ما تقوم به المحاكم الشرعية من التوثيقات على اختلاف أنواعها من نحو بيع ورهن وهبة ووصية ووقف وزواج وطلاق وغير ذلك.

ثم فسر الشاهد بالمتعاقد فى السند كالبائع والمشترى، وكذا إذا كان العاقد واحداً كالواقف والمراد بمن يتلقى الحق عن الشاهد خلفاؤه من نحو وارث وموصى له وموهب له وغير ذلك.

ثم لاحظ فى شرح اللائحة أن الاحتجاج على الوجه المذكور يصح أيضاً فى السند العرفى، فلم خص السند الرسمى بالذكر؟ واستظهر فى الجواب أن المقصود بذلك هو أن السند يكون حجة بنفسه بصرف النظر عن إنكار صدوره من جانب الشاهد عليه لأنه رسمى لا يطعن فيه إلا بطريق الإدعاء بالتزوير أهـ أقول يريد أن حجية الأوراق الرسمية قائمة من وقت صدورها حتى يطعن فيها بالتزوير، فإذا طعن فيها بالتزوير وظهرت صحة الطعن سقطت حجيتها، وأما الأوراق العرفية فلا تكون حجة للتمسك بها حتى تثبت صحتها فإذا ثبتت صحتها فحينئذ تكون حجة على الموقعين عليها فقط وسيأتى ما يوضحه وأقول إن النص على حجية الأوراق الرسمية فى المادة ١٣٣ لا يستلزم أن يكون حكم الأوراق العرفية مثلها أو مخالفاً لها بل هو مسكوت عنه حتى ينص الشارع على حكمه بالموافقة أو المخالفة (راجع مبحث المفاهيم فى كتب الأصول الشرعية)، وإذا لا محل لأى ملاحظة على نص تلك المادة من هذه الناحية.

المادة ١٣٤ ـ الأوراق الرسمية سواء أكانت سندات أم محررات تكون حجة على أى شخص كان فيما تدون بها مع مراعاة ما جاء بالمادة (١٣٧) من هذه اللائحة من القيود الخاصة بالإشهاد بالوقف، وكذا التقاسيط والسجلات التى كانت بالمديريات، والحجج غير المسجلة فى الأوقاف القديمة إذا كانت الأعيان المدعاة تحت يد مدعيها أهـ هذا هو نص المادة بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ وقد نقل هذا كله بنصه فى لائحة سنة ١٩٣١.

أقول لما تليت هذه المادة (قبل تعديلها) والمادة ١٣٣ على هيئة مجلس الشورى قال وكيل الحقانية ما نصه: يلاحظ أن المادة (١٣٣) نص فيها على أن السند يعد حجة فيما تحرر به على من كان شاهداً عليه أو على من تلقى الحق عنه، وأن المادة (١٣٤) ذكر فيها أن الأوراق الرسمية تكون حجة فيما تدون بها على أى شخص كان، فكأنها ناسخة للمادة (١٣٣) إلى آخر ما قال. وأقول إن التعبير بقوله ناسخة، تعبير غير جيد بل الصحيح أن يقال إن المادة (١٣٤) مغنية بعمومها عن المادة (١٣٣) كما هو ظاهر، وأقول جواباً عن هذا أن المادة (١٣٣) تعرضت لأمر خاص تشارك فيه الأوراق الرسمية الأوراق العرفية وهو كون الورقة حجة على من وقع عليها. والمادة (١٣٤) نصت على أن حجية الأوراق الرسمية متعدية إلى غير الموقعين عليها، ولا تشاركها فى ذلك الأوراق العرفية، فهذا الوضع لا وجه للاعتراض عليه إذ كان ما فيه أن حكماً تكرر مرتين، مرة بالنص الصريح عليه بخصوصه، ومرة ضمن حكم عام، على أنه قد يكون مراد واضع اللائحة بقوله (أى شخص كان) غير المنصوص عليهم فى المادة (١٣٣) فيكون من باب العام المخصوص بدلالة ما قبله إذا أردنا أن نتفادى التكرار.

ولا يخفى أن قول المادة «فيما تدون بها» أى مما يعتبر رسمياً وذلك مقصور على الأشياء والوقائع التى تناولها كاتب الورقة الرسمية ببصره وسمعه كحضور العاقدين أمامه فى وقت معين وصدور الإقرار منهما على الوجه المبين فى الورقة، ونقد المبلغ أمامه أو إقرار الدائن بقبضه وكون كل واحد من المتعاقدين وقع على العقد

أما بالكتابة أو الختم أو بصمة الأصبع إلى غير ذلك من الأمور المدركة بالحس، وأما ما عدا ما تقدم ككون البائع مالكاً أو الملك لغيره وكونه ذا أهلية تامة لمباشرة العقد أولاً، صحيحاً أو مريضاً (إذ من الأمراض ما يخفى على كاتب الوثيقة) وكون العقد صورياً أو جدياً وما إلى ذلك فهذا خارج عن الرسميات فيجوز الطعن فيه بكل الطرق القانونية ولا يكون حجة على الغير، وإلا لاضحت مصالح الناس عرضة لأشد الأخطار. إذ كان يكفى تدوين الاتفاق فى ورقة رسمية لسلب المتعاقدين المتواطئين على الكذب أموال غيرهما، ولا يقال إن باب الطعن بالتزوير مفتوح، لأن لذلك إجراءات شاقة قد يعجز عنها أكثر المظلومين فكان من العدل ألا يعتبر رسمياً إلا ما ذكر أنفاً وكفى هذا لأن المسألة من أصلها استثنائية قضت بها المصلحة مع الاحتياط الشديد كما أسلفنا: أنظر شرح اللائحة وما قدمناه وأرى من تمام الفائدة أن

أسوق هنا الأمثلة التى أوردها فى شرح اللائحة المؤلفن الفاضلان وها هى ذى:

١ـ مقتضى الورقـة الرسمية أن زيدا وقع بنفسه على العقد بمحكمـة مصر المختلطة فى الساعـة العاشرة صباحـاً من يوم كذا، فإذا أراد بكر القـول بإن زيداً كان فى هذا الوقت فى الإسكندرية، صـادمتـه رسميـة العقـد فلا يسـتطيع تفنيد تلك الـواقعة إلا بطـريق الإدعاء بالتزوير

٢ـ مقتضى الورقة الرسمـية أن زيداً باع عقاره لبكر فإذا أراد دائن لزيد الإدعاء بأن هذا التبايع صورى صدر اضراراً به كان له أن يثبت بجميع الطرق القانونية حصول التواطؤ بين الطرفين بمعنى أنه لا يكون هناك من موجب لسلوك دعوى التزوير

٣ـ حرر المأذون وثيقة زواج فتكون حجـة بانعقاد الزواج فى تاريخ معين، ويسرى هذا الدليل على الناس كـافة، ولكنه ليس بحـجة على أن الزوجة قـد بلغت السن أو أنها غـير مشغولة بزوج آخر، ولا على ثبوت نسبهـا وما أشبه ذلك مما يكون قد جاء فى الوثيقة على لسان العاقدين ولم يقع تحت سمع الموثق وبصره.

ولينظر ما تقدم ثم قال فى المادة وكذا التقاسيط والسجلات الخ.

فالمراد بالتقاسـيط الاسناد التى كانت تعطيها الحكومة لمن أخذت منـهم أطيانهم مقابل مبلغ يتناولونه هم وذريتـهم من بعدهم إلى الأبد من خزانة المالية، يعـرف بفائض الالتزام. والمراد بالسجلات الدفاتر المقيـد بها صورة مما تشتمل عليه التقاسـيط لتبقى لدى المالية. أما التقاسيط فتسلم إلى أربابها.

ولما كانت التـقاسيـط والسجلات من الأعـمال الرسمـية الحكوميـة فى العهـد السابق اعتبرها واضع اللائحة حجة بنفسها فيما تدون بها من نحو تمليك أعيان وتقرير مرتبات.

ثم تسامح واضع اللائـحة فاعـتبر حـجج الأوقاف القديمـة غير مـسجلة حجـة أيضاً بنفسها بشرط أن تكون الأعيان تحت يد مدعى وقفيتها. قارن هذا بما تقدم.

هذا ما يتعلق بحجيه الأوراق الرسمية وأما الأوراق العـرفية فقد نص على حجيتها فى المادة (١٣٥) وهاك نصها- تكون الاوراق غيـر الرسمية حجة على من يكون موقـعا عليها بامضاءه أو ختمه أ هـ.

وذلك لأن تلك الورقة تتـضمن اقرار الموقع عليـها بما فيـها. الاقرار بالكتابة كـالاقرار باللسان.

ثم جاء فى المادة (١٣٦) كما نصه- اذا مات صاحب الخط أو الختم قام مقامه من ينوب عنه شرعاً فيما يشهد به السند الذى فيه خط المتوفى أو ختمه بدون اخلال بما هو مدون بالمادتين ٩٨و٩٩. قارن هذا بما تقدم ولأذكر هنا نص المادتين ٩٨و٩٩ مع شرحهما الشرح الضرورى.

(المادة ٩٨) لا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الايصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الاقرار بواحد منها. وكذا الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحودات السابقة على سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر (٤).

---

(٤) هذا هو نص المادة فى اللائحة الشرعية الحالية، وهو بعينه نص المادة (١٠٠) من لائحة سنة ١٩١٠ الا أنه زيد عليه هذه العبارة- أو الشهادة على الإقرار به- كما زيدت ايضا على المادة (١٢٩) التى نصها - لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ولا الشهادة به الا اذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء، أو كان مكتوبا وعليه امضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته أهـ وقد جاء بتلك الزيادة المرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ فى مادتيه الثانية والثالثة ثم نقلت هاتان المادتان إلى اللائحة الحالية المعمول بها الآن (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) فصارتا المادتين ٩٨و١٢٩ منه وجاء فى المذكرة الايضاحية بيان السبب فى هذه الزيادة وها هو ذا بنصه:

تضمنت المادة (١٠٠) من اللائحة أن لا تسمع دعوى الاقرار بالنسب بعد الوفاة الا اذا تأيدت الدعوى بالأوراق المبينة بالمادة المذكورة. وتضمنت المادة (١٢٩) من اللائحة المذكورة ان لا تسمع الدعوى بالاقرار الا بالقيود المبنة بها وجاء بالمذكرة التفسيرية لمشروع القانون أن الغرض من ذلك تقليل الدعاوى المزورة وظاهر ان هذا لا يتحقق الا اذا قيد قبول الشهادة على الإقرار بالقيود المبينة بالمادتين، لانه من السهل على المحتال أن يعدل عن دعوى الإقرار إلى الدعوى بثبوت نفس الحق وبقيم بينة على الإقرار به. فليست الصعوبة فى دعوى ثبوت الحق، وانما هى فى اثباته بغير الشهادة على الإقرار. وقد كانت هذه الحالة مثارا لشكوى كثير من أرباب القضايا فرأت الوزارة أنهم محقون فى شكواهم. ولذا اقترح التعديل المبين بالمادتين الثانية والثالثة من مشروع القانون المعدل للائحة أهـ.

وهاك ما جاء فى المذكرة الايضاحية للائحة سنة ١٩١٠ تعليقا على المادتين ١٠٠و١٠١ التى صارت ٩٩ فى اللائحة الجديدة وسنذكرها بعد.

لوحظ فى لائحة سنة ٩٧ تضييق دائرة التزوير فى دعاوى الزوجية والطلاق والوصية والايصاء والاقرار بواحد منها بعد الوفاة، لان الحوادث دلت على كثيرة التزوير فيها فقيدتها بقيود مخصومة. أنظر مادتى ٣١و٣٢ من لائحة سنة ٩٧ وهى وان أفادت فى تضييق هذه الدائرة ولكن لا يزال باب التزوير فى هذه الدعاوى مفتوحا. فلوحظ هذا وعدلت المادتان المذكورتان بزيادة قيود فيهما تفيد كثيراً فى تقليل التزوير، مع زيادة (عند الانكار) فيما ليتضح المراد فقد خفى على بعض القضاة فعمل باطلاق المادة ولم يقبل الدعاوى المذكورة لا عند الانكار ولا عند الاقرار مع ان الحكم الشرعى ليس كذلك. ثم زيد أيضا دعوى الرجوع عن الوصية والايضاء ودعوى العتق بعد الوفاة لهذا الغرض أنظر مادتى ١٠٠و١٠١ من التعديل أهـ.

أقول - اشتملت هذه المادة على اثنتى عشرة دعوى (١) الوصية (٥) (٢) الرجوع عن الوصية (٣) الايصاء (٤) الرجوع عن الايصاء (٥) العتق، ويلاحظ أن

---

(٥) النص فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها مرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أنه «لا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الايصاء او الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحدة منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة واحدى عشر الأفرنكية الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشر الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر وان كان يواجه الحالات الواردة به التى يكون الادعاء فيها بعد وفاة المنوسبة إليه الحادثة فيتوقف سماع الدعوى بها على مسوغ كتابى يختلف باختلاف الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ وتلك التالية لها، تقديرا من المشروع بان من يحلون محل المنسوبة إليه الحادثة بعد وفاته قد لا يحسنون الدفاع عن مصالحهم، الا أنه فى خصوص النسب فان المادة قصرت عدم السماع على حالتى الإقرار به من الشخص المتوفى أو الشهادة على الإقرار، فلا يستطيل إلى الدعوى بالنسب التى لا تعتمد على أى من الحالتين، ويخضع الحكم فيها للقواعد العامة المقررة فى الشريعة الاسلامية لخروجها عن ذلك القيد، فيثبت النسب فيها بالفراش حال تحقق شروطه، كما يثبت عند الانكار باقامة البينة عليه واذ كان البين من الحكم المطعون فيه -فى الدعوى بالنسب- انه حصل من أقوال الشهود ثبوت نسب المطعون عليه لوالده المتوفى بالفراش، فانه ذلك لا ينطوى على خروج على القانون.

(الطعن رقم ٢١ سنة ٤٤ق- أحوال شخصية- جلسة ٧/ ٤/ ١٩٨٦- س٢٧ص٨٩٥)

- النص فى الفقرة الاخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشر الأفرنجية لا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها يدل على وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بما ينبئ عن صحتها، واذ كان محضر ايداع الوصية- الذى تم بالشهر العقارى أمام الموثق- قد تضمن بيان الموصى والموصى إليه وأن الموصى به بين فى الورقة المحفوظة بداخل المظروف الذى طلب الموصى ايداعه، وهى بيانات تنبئ عن صحة الدعوى، فان هذا المحضر يكون مسوغا لسماعها، واذ=

العتق من العقود غير القابلة للفسخ فلا يمكن الرجوع عنه (٦) الإقرار بالوصية (٧) الإقرار بالرجوع عن الوصية (٨) الإقرار بالايصاء (٩) الإقرار بالرجوع عن الإيصاء (١٠) الإقرار بالعتق (١١) الإقرار بالنسب (١٢) دعوى النسب مع ارادة المدعى اثباته بشهادة الشهود على إقرار المتوفى به.

واشترطت المادة شروطاً لسماع الدعاوى الاحدى عشرة الأولى ومنعت سماع الدعوى الثانية عشرة كما هو ظاهر أما تلك الشروط فهى (أولاً) أن تكون الدعوى على منكر، فإن كان المدعى عليه مقرا باقراره لأن الإقرار حجة على المقر. وهو كما لا يخفى حجة قاصرة على المقر وحدة (ثانياً) أن تكون الدعوى بعد وفاة الوصى أو المعتق أو المدعى النسب منه، فان كانت فى حياته فقد سكتت المادة عن ذلك واذا تتبع فيها القواعد العامة للاثبات (ثالثا) اشتراط أن يكون الدليل كتابياً لكنه يختلف من حيث الزمن الذى أضيفت إليه الدعوى. فان كان موضوع الدعوى من الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ اكتفى فى الدليل أن يكون أوراقا خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى، وتقرير ذلك موكول إلى المحكمة. وإن كان موضوع الدعوى من الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلابد لإثبات الدعوى من أحد أمرين إما ورقة رسمية، وإما ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه بخطه أيضا تدل على صحة الدعوى.

المادة ٩٩:

لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الأفرنكية سواء

= كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز سماع الدعوى فانه يكون مخالفاً للقانون.

(الطعن رقم ١٥ سنة ٣٧ ق- أحوال شخصية- جلسة ٣١/ ١٢/ ٦٩- س ٢٠ ص ١٣٨٢)

(والطعن رقم ٣٦ سنة ٣٢ق- أحوال شخصية- جلسة ٢٠/ ٤/ ٦٦- س ١٧ ص ٨٧٧)

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٦٢ قاعدة ١٨٥١، ص ٦٦٤ قاعدة ١٨٥٥,

أكانت من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها. ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من احد الزوحين أو من غيره فى الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة.

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشر الأفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١.

انتهى المقصود من المادة هنا. وقد بقى منها ثلاث فقرات لا علاقة لهن بالدليل الكتابى. فضربنا الذكر عنهن صفحا.

أقول: المذكور هنا هو نص المادة (٩٩) فى اللائحة الحالية حاشيا الفقرات الثلاث الاخيرة منها. وقد كانت الأحكام المتعلقة بدعوى الزواج والطلاق بعد الوفاة هى ما احتوته المادة (١٠١) من لائحة سنة ١٩١٠ ثم عدلت هذه المادة بالمادة الثانية من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩١٣ ثم استقرت أخيرا على ما أسلفناه مع الفقرات الثلاث فى لائحة سنة ١٩٣١.

وقد قسمت المدد فيها إلى أربعة أقسام:

(الأول) ما قبل سنة ١٨٩٧ (٦) وفى الحوادث الواقعة فى تلك المدة يجوز

---

(٦) مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية- والمقابلتين لذات الفقرتين من المادة ١٠١ من اللائحة الشرعية الصادر بها الأمر العالى الرقيم ٢١/ ٥/ ١٨٩٧ واللائحة الشرعية الصادرة بالقانون رقمى ٢٥ لسنة ١٩٠٩،٣١ لسنة ١٩١٠- أن المشرع بالنظر لما أثبتته الحوادث من أن الزواج كثيرا ما يدعى زورا طمعا فى المال أو رغبة فى النكاية والتشهير،=

إثبات دعوى الزوجية وكذا دعوى الإقرار بها بشهادة الشهود بشرط أن يكون الزواج مشهورا. وفى هذا تسهيل عظيم على الناس مع أخذ الاحتياطات أيضاً. وقلما توجد دعوى بزواج فى ذلك الزمن الذى مضى عليه الآن أكثر من خمس وثمانين سنة.

(الثانى) من سنة ١٨٩٧ إلى أواخر سنة ١٩١٠ ولابد لإثبات دعوى الزوجية أو الاقرار بها أو دعوى الطلاق أو الاقرار به من أوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحة الدعوى. وقلما توجد دعوى الآن بزواج فى ذلك الزمن الذى مضى عليه أكثر من سبعين سنة.

وتقدير قيمة هذه الأوراق فى الاثبات موكول إلى المحكمة.

(الثالث) من ابتداء من سنة ١٩١١ إلى آخر يوليو سنة ١٩٣١ وفى هذه المدة لابد لاثبات الدعوى من أحد أمرين اما أوراق رسمية، سواء أكانت وثيقة الزواج أو غيرها، واما أوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه

= يشترط وجود مسوغ لسماع دعاوى الزوجية عند الانكار، ولئن لم تكن ثمة لائحة تقيد سماع الدعوى بالنسبة لوقائع الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ بحيث تبقى قواعد الاثبات فيها على أصلها فى الفقه الحنفى، مما مؤداه ثبوت الزواج عند المنازعة بشهادة الشهود وبالنصاب العادى، الا أنه اذا أقيمت الدعوى من أحد الزوجين فيكتفى فيها بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة، أما اذا أقيمت من غيرهما بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، فلا تسمع الا اذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبه التزوير، ولم يورد القانون تحديدا لماهية هذه الأوراق فيترك أمر تقديرها للقاضى.

واللائحة الشرعية الصادرة فى ١٧/ ٦/ ١٨٨٠- بفرض أنه كان معمولا بها عند عقد الزواج محل النزاع- تضمنت نصوصاً تشير إلى ضرورة توثيق عقود الزواج الا أن نطاقها مقصور على كيفية التوثيق وما ينبغى على المأذونين مراعاته عند مباشرتها دون أن تضع قيودا على سماع دعوى الزوجية تاركة أمر اثباتها لأحكام المذهب الحنفى.

(الطعن رقم ٣ سنة ٤٣ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٠/ ٣/ ١٩٧٦- س ٢٧ص ٦٠٢)

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٣٣ قاعدة ١٨٥٣.

بخط يده أيضا (٧).

ومن المعلوم أن الدعوى فى الحالات الثلاث المتقدمة شرطها أن تكون بعد وفاة من أدعى عليه الزواج أو الطلاق أو الإقرار باحدهما كما هو نص المادة، ولا تكون إلا مع الإنكار اذ لو كان المدعى عليه مقرا اكتفى باقراره دليلا عليه كما أسلفنا. ويتصور أن تكون هذه الدعوى من الزوجة على وارث الزوج أو وصية، أو من الزوج على وارث الزوجة أو وصيها أو من ورثة أحدهما على ورثة الآخر. وتفصيل ذلك مبين فى كتاب الدعاوى وهو أوسع مما ذكرته هنا. ومعلوم أن دعوى الزوجية بعد الموت هى دعوى ميراث.

(الرابع) من أول أغسطس سنة ١٩٣١ (٨) وهنا لا تسمع دعوى الزوجية ولا دعوى الإقرار بها لا حال حياة الزوجين جميعا ولا بعد موتهما

(٧) النهى عن سماع دعوى الزوجية بعد وفاة أحد الزوجين بالنسبة إلى الحوادث الواقعة من أول سنة ١٩١١ وحتى آخر يوليو سنة ١٩٣١ مالم تكن الزوجية ثابتة بأوراق رسمية أو بأوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك، لا يكون وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية- الا عند انكار الزوجية من صاحب الشأن.

(الطعن رقم ٦٨ سنة ٥٢ق- أحوال شخصية- جلسة ١٧/ ٤/ ١٩٨٤) لم ينشر

(٨) فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ووفقاً للفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصدر أو يصدر الاقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها. وطلب استخراج البطاقة العائلية لا يدخل فى هذا النطاق ولا يحمل معنى الرسمية، واذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه «والزواج مدعى قبوله سنة ١٩٥٥ فلا تسمع الدعوى به الا اذا كان ثابتاً بوثيقة زواج رسمية من موظف مختص بتوثيق عقود الزواج سواء أكانت الدعوى فى حالة حياة الزوجين أو بعد الوفاة» والاقرار المعول عليه فى هذا الشأن «هو الاقرار الذى يحصل فى مجلس القضاء أما الاقرار الذى يحصل خارج مجلس القضاء أو فى ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقد الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه» فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

(الطعن رقم ٢٥ سنة ٣٥ق- أحوال شخصية- جلسة ٣١/ ٥/ ٦٧- س ١٨ ص ١١٩٣)

(الطعنان رقم ٣٩،٤٥ سنة ٤٠ ق جلسة ١١/ ٦/ ١٩٧٥)=

جميعا ولا حال حياة أحدهما وبعد موت الآخر إلا إذا كان الزوج ثابتا بوثيقة رسمية على يد مأذون أو فى احدى المحاكم الشرعية.

وهاك ما جاء فى المذكرة الايضاحية للائحة سنة ١٩٣١ بشأن الأمر الأخير.

من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص (٩) وأن لولى الأمر أن يمنع قضاته عن سماع بعض الدعاوى، وان يقيد السماع بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع.

وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك وأقروا هذا المبدأ فى أحكام كثيرة. واشتملت لائحتا سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص، وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما. وألف الناس هذه القيود الواردة بهما واطمأنوا إليها بعد أن تبين مالها من عظيم الأثر فى صيانة حقوق الأسر.

= الرجعة عند الحنفية هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، فهى ليست انشاء لعقد زواج بل امتداد للزوجية القائمة وتكون بالقول أو بالفعل، ولا يشترط لصحتها الاشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها، مما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية، وذلك تحقيقا لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للائحة الشرعية.

(الطعن رقم ١٨ سنة ٣٨ق- أحوال شخصية- جلسة ٣١/ ٥/ ١٩٧٢ س٢٣ ص ١٠٥٣)

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٦٦٢ قاعدة ١٨٥٢ ، ص٦٦٤ قاعدة ١٨٥١، ص ٧١٢ قاعدة ٢٠١٤.

(٩) راجع مقالنا فى موضوع تخصيص القضاء فى مجلة كلية الحقوق سنة ١٩٢٧ ففيها القول الفصل فى هذا الموضوع.

إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال فى حاجة إلى الصيانة والاحتياط فى أمره. فقد يتفق إثنان علىَ الزواج بدون وثيقة ثم يجحده أحدهما ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء. وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا أو نكاية وتشهيرا أو ابتغاء غرض آخر (١٠) اعتمادا على سهولة اثباتها بالشهود خصوصا أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فى الزواج.

وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية ان ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا. وما كان لشئ من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائما بوثيقة رسمية كما فى عقود الرهن وحجج الأوقاف. وهى أقل منه شأنا، وهو أعظم منها خطراً.

فحملا للناس على ذلك واظهار لشرف هذا العقد وتقديساً له عن الجحود والانكار ومنعا لهذه المفاسد العديدة وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة زيدت الفقرة الرابعة فى المادة (٩٩) التى نصها « ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا أذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ » وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند الإنكار فى الحوداث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ » بدون وثيقة رسمية فى حال حياة الزوجين، أو بعد الوفاة.

ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها طبقاً للمادة (١٣٢) كالقاضى والمأذون فى داخل القطر وكالقنصل فى خارجه وظاهر ان هذا المنع لا تأثير له شرعا فى دعاوى النسب

(١٠) يراجع ما نقله ابن القيم من مذهب أهل المدينة فى تقسيم الدعاوى من حيث ما يسمع منها وما لا يسمع.

بل هى باقية على حكمها المقرر كما كانت عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة (١٠١) من اللائحة القديمة أ هـ من لائحة سنة ١٩١٠ (١١).

---

(١١) فى هذا الموضوع بحث فقهى دقيق وأهمية عظيمة لا يتسع له هذا المكان ولتراجع محاضر مجلس الشورى فى مناقشة المادة (١٠١) المذكورة هنا ففيها ما يتعلق بهذا الموضوع.

- متى كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى ارث بسبب البنوة، وهى دعوى متميزة عند دعوى اثبات الزوجية او اثبات اى حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها، فان اثبات البنوة الذى هو سبب الارث لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية او الاقرار بها، اذ لا تأثير لهذا المنع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال، فان هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة. واذا كان اثبات البنوة وهى سبب الارث فى النزاع الراهن بالبينة جائزاً قانوناً فلم يكن على الحكم المطعون فيه ان يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى. لما كان ذلك، وكان الحكم قد أقام قضاءه بنسب المطعون عليه للمتوفى واستحقاقه الارث فيه على البينة الشرعية التى اطمأن إليها واستخلصت المحكمة فى نطاق سلطانها المطلق من هذه البينة قيام الزوجية الصحيحة بين المتوفى ووالده المطعون عليه، فان النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون فى غير محله

.نقض ٢١ سنة ٤٤ق «أحوال شخصية» جلسة ٧/ ٤/ ١٩٧٦ نقض ٨ سنة ٤٤ق «أحوال شخصية» جلسة ٢١/ ١/ ١٩٧٦، نقض ٢ سنة ٢٨ ق «أحوال شخصية جلسة ٥/ ٥/ ١٩٦٠».

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٨٤-٦٨٥ قاعدة ١٩٢٢-١٩٢٤.

- دعوى النسب لا تزال باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية ويجوز اثباتها بالبينة.

نقض ١٤ سنة ٣٣ق «أحوال شخصية جلسة ٨/ ١٢/ ١٩٦٦،١١ سنة ٣٧ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٥/ ١١/ ١٩٧٠، ٢٩ سنة ٣٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٢/ ١٢/ ١٩٦٢.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٨٥-٦٨٦ قاعدة ١٩٢٥-١٩٣٢,

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤ مارس سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٨١ لسنة ١٩ قضائية دستورية بطلب الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ «حكمت المحكمة برفض الدعوى..» وجاء بأسباب الحكم

«شروط قبول الدعوى وثيقة الصلة بالحق فى رفعها وغايتها ألا تقبل الخصومة القضائية قبل أوانها، أو بعد انتهاء النزاع فى موضوعها، أو قبل استيفائها لعناصر تكفل نضجها وتماسكها واستوائها على سوقها. وكان النص المطعون فيه يشترط لسماع دعوى الزوجية - فى حالات معينة- أن يكون عقد الزواج ثابتا بوثيقة رسمية فإنه يكون قد توخى بذلك رعاية مصلحة مشروع غايتها صون حقوق الأسرة من العبث والضياع، وتنزيه هذا الميثاق الغليظ بما له من قدسية وشرف عن المفاسد العديدة التى قد تلحقة نتيجة الحجود والإنكار فى حالة عدم توثيقه، وبهذه المثابة فإن النص الطعين لا ينال من ولاية القضاء ولا يعزل المحاكم عن نظر منازعات معينة كما لا يصادر الحق فى اقامة الدعوى، اذا يظل هذا الحق قائما ما توافرت شرائط سماعها. وهو ما يعتبر تنظيما تشريعيا للحق فى التقاضى بما لا مخالفة فيه لنص المادة ٦٨ من الدستور».

واذ قد انتهينا من ايراد المادتين (٩٨و٩٩) وشرحهما وبيان ما يتعلق بهما نرجع إلى الاصل فنذكر المادة (١٣٧) وما يتعلق بها.

المادة ١٣٧:

يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الادخال أو الاخراج أو غير ذلك من الشروط التى تشترط فيه الا اذا وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة (٣٦٤) من

هذه اللائحة وكان مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية.

وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل، وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر.

ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير الا اذا كان هو أو ملخصه مسجلا بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة (٣٧٣) من هذه اللائحة أ هـ (١٢).

وهاك نص المادتين اللتين ورد ذكرهما فى المادة (١٣٧) المذكورة آنفا.

---

(١٢) مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادة ٣٦٤ من هذه اللائحة قبل الغائها بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥، انه منذ صدور هذه اللائحة- كما كان الحال فى ظل اللائحتين الشرعيتين الصادرتين فى سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠. وحتى تاريخ العمل بقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى ١٧/٦/١٩٤٦، لم يكن الاشهاد شرطاً لصحة التصرفات التى تندرج تحت المادة ١٣٧ سالفة الذكر ومن بينها التغيير فى الوقف، وانما كان شرطا لسماع الدعوى بهذه التصرفات فى حالة الانكار فقط، فاذا كان هناك اقرار من الخصم فلا تحتاج الدعوى إلى مسوغ للسماع، أما بعد العمل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فقد جعل المشرع الاشهاد شرطاً لصحة هذه التصرفات، وهو ما نص عليه فى المادة الأولى منه، وما أوضحته المذكرة التفسرية للقانون تعليقا على هذه المادة، ولما كان الثابت فى الدعوى أن التغيير فى الوقت المطلوب ابطاله حصل فى ١/٩/١٩٣٨ وقبل العمل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وانه لا نزاع بين الخصوم على صدوره من الواقفة، فان التصرف به يكون صحيحا متى استوفى شرائطه الفقهية دون نظر إلى وجود اشهاد رسمى به أو ما اذا كان قد أذن لكاتب المحكمة بالانتقال إلى المكان الذى ضبط فيه، لما كان ذلك فلا محل للطعن بالبطلان على هذا الاشهاد استنادا إلى أن كاتب المحكمة الذى أحيل إليه ضبطه قد حرره خارج مقر المحكمة دون أن يثبت فيه أنه مأذونا بالانتقال.

(الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٩ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٦/١/١٩٧٤- س٢٥ص١٦٤)

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٦٤ قاعدة ١٨٥٤.

المادة ٣٦٤:

تؤخذ الاشهادات فى المحاكم الكلية لدى الرئيس أو من يحيلها عليه من القضاء أو الكتاب أو فى المحاكم الجزئية لدى قضاتها أو من يحيلونها عليه من الكتاب. ويجوز الانتقال لأخذ الاشهاد متى كان فى دائرة المحكمة أ هـ ولهذا الانتقال رسم مبين في لائحة الرسوم فى المادة الثانية.

المادة ٣٧٣:

على المحكمة التى صدر بها الاشهاد أن تؤشر بمقتضاه على سجل العقار، وان كان مسجلا بجهة أخرى فعليها اشعارها بذلك لاجراء ما ذكر. وعلى كل حال فعلى المحكمة التى صدر بها الاشهاد أن ترسل ملخصه إلى المحكمة الكائن بدائرتها العقار لتسجيله.

والمادة (١٣٧) المذكورة هنا فى المادة الخامسة من القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٢٠ بنصها الا فيما يتعلق برقم المادتين ٣٤٦ و٣٧٣ فقد كانتا فى اللائحة القديمة برقمى ٣٦٠و٤٧٤.

وقد جاء فى المادة العاشرة من ذلك القانون ما نصه. تبقى أحكام المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها الأمر العالى نمرة ٣١ الرقيم ٣ يوليو سنة ١٩١٠ معمولا بها فى الاوقاف الصادرة قبل هذا التعديل.

وجاء فى المادة الحادية عشرة منه ما نصه- لا يجوز للمحاكم الشرعية بعد مضى خمسة عشر يوماً من تاريخ العمل بهذا القانون- خلاف مواعيد المسافة- أن تسجل فى سجلاتها أى اشهاد بوقف أو اقرار به الا اذا كان مستوفياً الشروط المنصوص عليها فى المادة (١٣٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمقتضى هذا القانون أهـ.

وقد كان نص المادة قبل التعديل هو «يمنع عند الانكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الادخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه الا اذا وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله. وكان مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية. وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل، وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر به أهـ.

وجاء فى المذكرة الايضاحية للائحة سنة ١٩١٠ تعليقاً على المادة ١٣٧ ما نصه:

المادة (١٣٧) هى مادة (٣٠) من لائحة سنة ٩٧ بزيادة قيد (وقت الدعوى) فى الفقرة الثانية فقد يكون مدعى الاستحقاق من الموقوف عليهم بمقتضى كتاب الوقف المسجل ثم أخرجه الواقف أو من له شرط الاخراج.

فهذا من الموقوف عليهم بمقتضى ما ذكر ولكنه ليس منهم وقت دعواه الاستحقاق. فقصد من هذه الزيادة منع المحاكم من سماع هذه الدعوى أيضا تقليلا للدعاوى الباطلة فى ذلك، وتضييقا لدائرة التزوير فيها أ هـ.

وبمقتضى هذه المادة أصبح محظوراً على المحاكم الشرعية أن تسمع عند الإنكار دعوى الوقف ولا دعوى اقرار الواقف به ولا دعوى أى شرط من شروطه كالاستبدال والادخال والاخراج إلا بالقيود المبينة بالمادة.

واذا يجب لاثبات أى شئ مما تقدم أن يكون مستند المدعى فيه اشهادا محررا على يد حاكم شرعى، أى قاض شرعى بالقطر المصرى مختص بذلك أو على يد مأذون بذلك على ما رسم فى المادة (٣٦٤) ويلاحظ أن قيد (بالقطر المصرى) لم يرد فى النص القديم وانما زيد فى النص الذى جاء به القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ وبهذا النص أصبحت الاشهادات المحررة خارج القطر المصرى بعد ذلك غير معمول بها عندنا. ويشترط أن يكون الاشهاد بأى شئ مما تقدم مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية

والمعــول عـليـه هو مــادون فى المضـــبطة (١٣) ولا ســبـيل للـطعن على مـا ورد

(١٣) المضبطة هى الدفتر الذى يدون فيه أقوال صاحب الاشهاد، وبعد ذلك ينقل ما فى المضـبطة إلى دفتر آخر يسمى بالسجل، ثم تؤخذ صورة الاشهاد من السجل بعد ذلك. والمعول عليه هو ما فى المضبطة.

وقد تكفلت المواد (٣٦٨و٣٧٤) بشرح ذلك وما يتصل به، وهاك نصها.

ملحوظة: الغيت المواد من ٣٦٨ إلى ٣٧٣ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

المادة ٣٦٨:

تكتب الاشهادات بالمضابط المرقـومة الصفحات والمختومة بختم رئيس المحكمـة أو نائبه أو قاضى المحكمة الجزئية وختم المحكمة الموجودة بها.

المادة ٣٦٩:

يعرض الكاتب تفـصيل مـا كتبـه بالمضبطه من صيـغة الاشهـاد على من باشره من القـضاه أو على من أذن بمباشرته منهم.

المادة ٣٧٠:

بعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتهـا يضع كل من ذوى الشأن والشهود امضاءه أو ختمه على المضبطة، وكذا من باشر الصيغة وكاتب الاشهاد.

المادة ٣٧١:

تمضى جـميع السندات الشـرعية وصـورها التى تكتب بالأوراق المتـموغة وصـور الأحكام بامضـاء رئيس المحكمة وتختم بـختمه الذاتى فى المحاكم الكليـة. وفى المحاكم الجزئية تمضى وتخـتم من قاضيهـا. وفى جميع الأحوال تمضى من الكاتب وتختم بختم المحكمة.

المادة ٣٧٢:

عند نهاية العمل فى كل مـضبطة وسجل يقدم إلى رئيس المحكمة الكلية وإلى القـاضى فى المحاكم الجزئية ليكتب عليه ما يفيد نهاية العمل فيه إلى ذلك الموضوع ويضع امضاءه وختمه على ما يكتب.

المادة ٣٧٣:

تقدم نصها فيما سبق

المادة ٤٧٤:

على المحكمـة التى صدر بهـا الاشهاد أن تخطر وزارة الأوقـاف فى الحالة التى لا يـكون للعقار الـصادر به حجة شرعية شاهدة بملكيته أهـ.

فيـها الا بطريق التزوير كـما لو ادعى ان الواقف شرط شـرطاً لم يدونه الكاتب أو ان الكاتب دس شرطا لـم يصدر من الواقف. وعلى هذا اذ ادعى شرطـا ليس مدونا فى كتاب الوقف فلا يثبت بشهادة الشهود ولا بقول الواقف - بعد ذلك- لو كان حيا.

والسبـيل إلى ذلك هو الدليل الكتـابى بالقيـود المبينة فى المادة أو الطعن بالـتزوير «أنظر ما اوردناه سابقاً » وكذلك دعوى شخص انه مستحق فى الوقف ولم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى «انظر ما أوردناه من المذكـرة الايضاحية للنص القديم للمادة» ولا يكون الاشـهاد بالوقف حجة على الغـير الا اذا كان مسـجلا ولو بطريق التلخيص فى سـجل المحكمة التى بدائرتها العـقار الموقوف. اذ من المقرر أن العـقود المتضمنة حقوقا عينية وان كانت فى ذاتـها حجة على المتعاقدين أو على العاقد اذا تم به العقد وحدة كالوقف فانها لا تسـرى على غيرهم الا اذا كانت مسجلة على الوجه القانونى «أنظر شـرح اللائحة» وقد قدمنـا نص المادة (١١) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ وهى تتضمن ما يشترط لتسجيل اشهادات الوقف أو الاقرار به.

هذا- وقد نصت المادة (١٢٩) على أن أى اقرار يدعى حصـوله على غير مجلس القضـاء لا يثبت بشـهادة الشـهود، كمـا أسلفنا وبهـذا يتبين لك أن واضـع اللائحة الشرعيـة ضيق دائرة الشهادة جـدا فأخرج مما كان يثبت بهـا قبل ذلك أهم المواد التى تنظرها المحاكم الشرعية، ولم يتبق لها مما يثبت بالشهادة الا النزر اليسير. كما قرر ان تكون الكتابة بنوعيها رسمية وغير رسمـية حجة بنفسها بدون احتياج إلى اثبات اخر معـها. اذا جـاء فى المادة (١٣٨) ما نصه الأوراق الـرسميـة والأوراق العرفـية تكون كافية للحكم بدون احتياج إلى اثبات اخر معها أ هـ.

وهذا النص وان كان يغنى عنه ما جاء فى المادتين (١٣٤و١٣٥) الا انه اعتذر عن ايراده فى المذكـرة الايضـاحـية بـان ايراده انما هو لدفع توهم بعض القـضـاة أن تلك الاوراق لاتكفى وحدها للحكم بل هى محتاجة لشىء آخر معها أهـ .

لذلك جاءت مذكرة لما فى تينك المادتين.

وقد نقل واضع اللائحة من قانون المرافعات الأهلى ما يتعلق بالطعن فى الأوراق وفيما أورده من ذلك بيان ما يجب على الطاعن فعله وكيفية تحقيق هذا الطعن وما يلزمه من الاجراءات، كل هذا بطريقة لا يأباها الشرع. غير انه لما نقل هذه الاجراءات فى قانون سنة ١٩١٠ لم ينقل معها ما يعتبر تكملة لها وهو العقوبة المذكورة هناك فانفتح أمام المحاكم الشرعية باب التلاعب بها واتخاذها ذريعة لاطالة أمد التقاضى، حتى لا تكاد توجد قضية تقدم فيها مستندات كتابية ألا توجه عليها من الخصم طعن بالتزوير أو بانكار الختم أو الامضاء، وفيما يثبت طعن من هذه الطعون، وقد علت شكوى المحاكم والافراد من هذه الحالة. ورأت الوزارة من الحق ايجاد طريقة لتلافى موضوع الشكوى بوضع مادتين نظير المادتين الموضوعتين فى قانون المرافعات الأهلى أهـ أنظر المذكرة الايضاحية للائحة سنة ١٩١٠ والمذكرة الايضاحية لتعديله بالمرسوم بقانون (٣٠ مايو سنة ١٩٢٦).

وهاك النص- تزاد مادة رقم ١٥٢ مكرر آخر (الفرع الأول فى انكار و الختم أو الامضاء): من اللائحة نصها: اذا حكم بصحة كل الورقة الواقع فيها الإنكار فيحكم على من أنكرها بغرامة أربعمائة قرش.

وتزاد مادة رقم ١٦٩ آخر (النوع الثانى فى دعوى التزوير) من اللائحة ويكون نصها ما يأتى:

من ادعى التزوير وسقط حقه فى دعواه أو عجز عن اثباته يحكم عليه بغرامة ألفى قرش. انما لا يحكم عليه بشئ اذا ثبت بعض مدعاه من التزوير أ هـ وقد نقلت المادتان المذكورتان آنفا فى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الأولى برقم (١٥٣) والثانية برقم (١٧١).

الطعن في الخطوط والأوراق (1)

جاء في المادة (١٣٩) أن الطعن الذي يصح توجيهه علي الخطوط والاوراق ينحصر في نوعين: (الاول) انكار الامضاء او الختم (الثاني) ادعاء التزوير في الاوراق. وجاء فى المادة (١٤٠) ان انكار الختم او الامضاء انما يتوجه علي الاوراق غير الرسمية واما ادعاء التزوير فانه يتوجه علي جميع الاوراق رسمية كانت او غير رسمية. وقال في المذكرة الايضاحية مانصة: الطعن في الخطوط بنوعية لم يوضع له قانون في لائحة سنة ٩٧ ولذلك اختلفت المحاكم في كيفية تحقيقه ولم تسر علي نمط واحد وتسبب عن ذلك اضطراب وتطويل في نظر القضايا وضرر عظيم بالخصوم ولكن قد اشير اليه في لائحة سنة ٩٧ مجرد اشارة لا تغني عن وضع القواعد اللازمة لبيانه فلوحظ هذا في التعديل ووضعت الضوابط لذلك فبينت احكام النوع الاول من نوعي الطعن وذكر ما يتوجه عليه من الاوراق وما يترتب علي هذا الطعن وكيفية تحقيقه (انظر المواد ١٤٠ الي ١٥٣) (2) ثم ذكرت احكام النوع الثاني فبين ما يجب علي الطاعن فعله وكيفية تحقيق هذا الطعن وما يلزم من الاجراءات، كل هذا بطريقة قانونية لا يأباها (انظر المواد ١٥٤ الي ١٧١) أهـ.

اقول وسأذكر هنا ملخص هذه المواد مشروحة بما اقتبسته من كتابي الاستاذين الفاضلين عبد الحميد بك ابو هيف رحمه الله وعبد الفتاح بك السيد مع مراجعة قانون المرافعات نفسه والتعليقات القضائية. وقد اشرت الي الاول بحرف (هـ) والثاني بحرف (س).

---

(١) نقض ٤١ سنة ٤٩ ق- احوال شخصية- جلسة ١٢/ ٥/ ٨١ لم ينشر اذ كانت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والملية توجب اتباع احكام قانون المرافعات في الاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص هذه المحاكم عدا الاحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية او القوانين الاخري المكملة لها، وكانت المواد الواردة بهذه اللائحة وتنظيم اجراءات الطعن في صحة الادلة الخطية ألغيت بالمادة ١٣ من هذا القانون فيتعين الرجوع في شأن تلك الاجراءات الي القواعد المقررة في قانون الاثبات الذي حل فيها محل قانون المرافعات. لما كان ذلك وكان مؤدي نص المادة ٥٨ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض- انه لا يشترط لاستعمال المحكمة الرخصة المخولة لها في هذه المادة ان يكون قد ادعي امامها بتزوير الورقة التي قضت بتزويرها اذ ان نصها صريح في تخويلها الحق في ان تحكم برد اية ورقة وبطلانها اذا ظهر لها بجلاء من حالتها ان من ظروف الدعوي انها مزورة ولو لم يدع امامها بتزوير وفق الاجراءات المرسومة لها.

(٢) غيرت ارقام المواد تبعا لتغيرها في اللائحة، وقد الغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

انكار الختم او الامضاء

اذا انكر من شهد عليه السند الامضاء او الختم او انكر ذلك من يقوم مقامة تأمر المحكمة باجراء التحقيق ويترتب علي الانكار وقف السير في الدعوي اذا لم يكن للمدعي دليل آخر لاثباتها (المادة ١٤١) وانظر المادة (٢٥٤) مرافعات. والمراد بمن يقوم مقامه الوصي او الوارث بعد موته والقيم عليه حال حياته اذا حجر عليه لسبب ما كعته او سفه او جنون وانظر ما تقدم في المادة (١٦١١) من المجلة. ومحل تحقيق الامضاء ان ينكر الخصم انه امضي الورقة. ومحل تحقيق الخطوط ان ينكر ان كتابة الورقة صادرة عنه سواء اكان الانكار كليا يتناول كل ما في صلب الورقة، او جزئيا بتناول بعض ما هو مكتوب فيها دون البعض الآخر (هـ) وجملة القول في ذلك انه اذا رفع شخص دعوي علي آخر يطالبه بدين (مثلا) فانكر المدعي عليه ان الورقة صادرة عنه بأن انكر انه هو كاتبها كلها او بعضها او خاتمها او ممضيها فان القاضي لا يحكم عليه بمقتضي هذه الورقة، وفي هذه الحالة يجوز للخصم الذي يتمسك بهذه الورقة ان يطلب تحقيق الخط او الامضاء او الختم كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تحكم بذلك توصلا الي احقاق الحق وابطال الباطل ولو لم يطلب ذلك الخصوم (هـ) وهل تلزم المحكمة قانوناً باجراء التحقيق؟ ظاهر عبارة المادتين (١٤١ لائحة و٢٥٤ مرافعات) انها ملزمة بذلك لانه جاء في كلتيهما (تأمر المحكمة باجراء التحقيق) لكن قال (س) ان هذه الاجراءات لا داعي لها اذا كانت المحكمة مقتنعة من اوراق الدعوي وظروفها واقتناعا تاما او الورقة صحيحة او انها مزورة حتي انها ليست في حاجة الي اصدار حكم بالاحالة علي التحقيق وتعيين اهل الخبرة في الدعوي للوصول الي حقيقة الورقة أهـ. وهو كلام وجيه لان الغرض من التحقيق ان تهتدي المحكمة الي حقيقة الورقة المطعون فيها فاذا حصل لها هذا الاهتداء بدون معونة التحقيق كان التحقيق تحصيل حاصل. فتعين ان يكون امر المحكمة بالتحقيق حيث يشتبه الحال عليها لا غير، اقتصادا في الزمن واقتصارا بالتحقيق حيث يشتبه الحال عليها لا غير، اقتصادا في الزمن واقتصارا علي موضع الحاجة. وقال (هـ) ومتي تحققت صحة الورقة بالطريقة المبينة في القانون وثبت انها صادرة حقيقة (اي بحسب الادلة الظنية) عن المنكر فانها تكون حجة عليه ويحكم عليه بمقتضاها، وان

ثبت العكس لم يترتب عليها اثر ما وتعتبر كأنها لم تكن. ولكن يجب ان يلاحظ ان واضع القانون جعل للقاضي سلطة مطلقة في اجابة طلب الخصم الي تحقيق الخط او الامضاء او رفض ذلك الطلب. فاذا تراءي للقاضي من ظروف القضية ان السند صادر حقيقة ممن انكره واقتنع بذلك فله ان يرفض طلب التحقيق ويحكم بصحة السند ارتكازا علي تحققه بنفسه من احوال القضية ان السند صحيح وبهذا تحكم المحاكم المصرية. وهذا معقول جدا لاننا لو اجزنا تحقيق الخطوط بمجرد انكار المدين للسند لأمكن كل مدين مماطل ان ينكر السند، ولظلت المحكمة في ضيق من أمرها حتي يتحقق شيء كانت هي متأكدة من صحته بما رأته من احوال القضية.

فمحل الاذن بتحقيق الخطوط ان يقتنع القاضي بوجود التحقيق ليتاكد من صحة السند او من تلفيقه أهـ. ملخصا وهو ككلام (س) المتقدم ثم قال (هـ) ما خلاصته: ان المحكمة غير مقيدة بنتيجة التحقيق فلها ان تضرب بنتائجه عرض الحائط وتحكم بناء علي تقريراتها الخصوصية في كون الورقة صادرة حقيقة من الخصم اولا، لانها هي المرجع الاخير في هذه المسائل. وما اجراءات التحقيق ونتائجة الا مرشدات لهافان شاءت اتبعتها وان شاءت اهملتها أهـ ملخصا. وجاء في المادة (١٥٠ لائحة) ما نصه اذا قرر اهل الخبرة بعد المضاهاة اتحاد الخطين او الختمين كان للمحكمة اعتبار السند حجة علي المنكر وإن قالوا انهم مختلفان كان لها إلغاء السند وسارت الدعوى الاصلية بالطريق الشرعي، وكذلك ان لم تتيسر المضاهاة. أهـ فلم تعتبر تقرير أهل الخبرة قاطعا لان القاعدة أن القاضى انما يستنير برأيهم فقط كما قاله (هـ) وقد كان اصل هذه المادة هكذا: اذا قرر اهل الخبرة بعدالمضاهاة اتحاد الخطين او الختمين كان السند حجة علي المنكر، وان قالوا انهما مختلفان الغي السند وسارت المحكمة في الدعوة الاصلية بالطريق الشرعي الخ. فطلب وكيل الحقانية من هيئة الشوري تغييرها لئلا يكون تقرير اهل الخبرة قطعيا (انظر محضر ٩ مايو سنة ١٩١٠) لكن هذا النص المعدول عنه يوافق المادة (١٦١٠) من المجلة اذ جاء فيها ما نصه:وان لم يكن خطة وختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر ويعرض علي أهل الخبرة، فان اخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يجبر ذلك الشخص علي اعطاء الدين المذكور الخ ولا شك ان الاحتياط متعين في الاخذ بما جاء في المادة (١٥٠ لائحة)

فاذا ارادت المحكمة اصدار حكم بالتحقيق بينت فيه بناء علي المادة (١٤٣) ما يأتي (اولا) ندب احد قضاة الهيئة التي امرت بالتحقيق فان كان الامر صادرا من محكمة جزئية كان التحقيق امام قاضيها والمتمسك بالورقة هو الذي عليه الاثبات ولخصمه النفي كما تقدم (ثانيا) تعيين خبير واحد او ثلاثة من قبل المحكمة او باتفاق الخصوم اذا كان التحقيق سيحصل بواسطة اهل الخبرة. وفي اغلب الاحيان تأمر المحكمة بالتحقيق في صحة السند بجميع الطرق القانونية فيدخل تحت ذلك تعيين اهل الخبرة وسماع شهادة الشهود من الطالب ومن المنكر وبالاقرار ايضا ان امكن وباليمين اذا طلبها الطالب (ثالثا) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما مباشرة التحقيق (رابعا) تسليم الورقة المقتضي تحقيقها في قلم كتاب المحكمة ممن هي تحت يده بعد بيان حالتها كما تقدم في المادة (١٤٢) وسيأتي تمام الكلام عليها فاذا صدر الحكم بالتحقيق وجب على طالبه أن يتوجه الى قلم كتاب المحكمة ويودع فيه اوراقه المطلوب تحضيرها ويمضيها أمام الكاتب وهذا يؤشر عليها ثم يكتب محضر الايداع وفيه يذكر كل صفات الورقة من تغيير وشطب وكشط واضافة وتحشير، وألوان الحبر المختلفة أن كانت بالاختصار كل ما يهم معرفته من أوصاف الورقة المراد تحقيقها ويمضى على المحضر مع الكاتب وصاحب التحيقيق. .

وجاء فى المادة ١٤٢ما نصه: يجب في هذه الحالة «اي حالة انكار الختم او الامضاء» تحرير محضر تبين فيه حالة السند واوصافه بيانا كافيا ويوقع عليه رئيس الجلسة وكاتب الجلسة والخصوم. ويجب ايضا امضاء نفس السند من رئيس الجلسة وكاتب المحكمة أهـ. «وانظر المادتين ٢٥٦ و٢٥٧ مرافعات» فاذا تم ذلك اعلن كاتب المحكمة الخبير بالحضور امام القاضي في اليوم والساعة المحددين لمباشرة التحقيق «المادة ١٤٤» وانظر (هـ)

واذا امرت المحكمة باجراء التحقيق فلما ان يكون ذلك بواسطة اهل الخبرة او بشهادة الشهود فان كان بواسطة اهل الخبرة اعلن كاتب المحكمة الخبير بالحضور امام القاضي في اليوم والساعة المحددين لمباشرة التحقيق (المادة ١٤٤ لائحة) وانظر (هـ) و (س) ويكون التحقيق بمضاهاة الامضاء او الختم الذي حصل انكاره علي ما هو معروف للمنكر من امضاء او ختم. والاوراق التي يجوز المضاهاة عليها هي الاتية

(المادة ١٤٦ لائحة و٢٦١ مرافعات) وانظر (هـ) و(س) [٣] (اولا) الامضاء او الختم الموضوع علي اوراق رسيمـة (ثانيا) امضاء الخصم او ختمه المعـترف به امام القاضي المندوب للتـحقـيق او امام اي مـوظف رسمـي (ثالثا) اذا طلب الخـصم ولم يخضـر جازت المضاهاة علي الامضاء او الختم الذي يثـبت بشهادة من عاينوه بمضي او يختم علي الورقة المقدمة للمضاهاة (رابعا) امضـاؤه الذي يكتبه امام القاضي، وكذا الكتابة التي يكتبهـا باملاء قاضي التحقيق (خـامسا) الجزء الذي يعترف الخصـم بصحته من الورقة المقتضي تحقيقها اذا كان فيه الفاظ امضائه أهـ ولا يصح المضاهاة علي غير هذه الاوراق.

فالمضاهاة علي ورقة ينكر الخصم صحتهـا غير جائزة ولو ثبتت صحة هذه الورقة بالتحقيق امام القضاء «منشور لجنة المراقبة الفضائية نمر ٤٥٠ من مجموعة المنشورات (هـ) والاوراق التي تطلب المضاهاة عليها ان كانت غير رسمية فعلي المتمسك بالسند احضارها. وان كانت رسمية يجـوز للقاضي ان يأمر باحضارها من الجهة التي تكون بها، ويجوز انتقاله مع الخبيـر الي محلها للاطلاع عليها بدون نقلها (انظر المادة ١٤٧ لائحة والمادة ٢٦٤ مرافعات).

وفي حالة تسلم الاوراق الرسـمية لقلم كـتاب المحكمة تقـوم الصور التي تنسخ منها مقام الاصل مـتي كانت ممضاه من القاضي المندوب للتحقـيق وكاتبه والمأمور او الموظف الذي سلم الاصل. ومتي اعيد الاصل الي محله ترد الصورة المأخوذه منه الي قلم كتاب المحكمة ويصير ابطـالها (المادة ١٤٨ لائحة والمادة ٢٦٥ مرافعات) ويضع اهل الخبرة امضاءهم علي الاوراق المقتضي المضاهـاة عليها قبل الشروع في التحقيق ويذكر لك في المحـضر (المادة ١٥٩ لائحة والمادة ٢٦٨ مـرافعات) وقد تقـدم شرح

---

(٧٧) قد راعي القانون ان اوراق المضاهاة يجب ان تكون مـقرونة بما يدل علي صحتها او ثابته بوجه رسـمي لا يقبل الطعن البسيط (هـ) وقال (س) اوراق المضاهاة هي المحررات او اللامضاءات او الاختام التي تستعمل لمعرفة ما اذا كانت الورقة الحاصل فيها الانكار صادرة من المنكر ام لا بطريق المقارنة بين ما هو معترف به منها وبين نظيره من اوراق المضاهاة.

وتختلف الحال في اختيار اوراق المضاهاة باختلاف موقف المدعي عليه وبيان ذلك (اولا) يغيب المدعي عليه وفي هذه الحالة يقع الاختيار علي اوراق المضاهاة ويـصح للمدعي اثباتهـا ان كانت عرفـية بشهـادة من عاينوا الخـصم يكتبهـا او يوقع عليها (ثـانيا) يحضـر الطرفان ويتفـقان علي اوراق المضـاهاة وهذه الحالة ابسط الحالات (ثالثـا) يحضر الـطرفان ويختلفـان علي اوراق المضاهاه وفي هذه الحـالة يقرر القاضي ما يصح قبوله منها طبقا للقانون. وقد بين القانون الاوراق التي يصح قبولها للمضاهاة علي سبيل الحصر أهـ.

المادة (١٥٠) في اثناء شرح المادة (١٤١) فراجعها وراجع ما يتعلق بأعمال الخبرة في الفصل الخاص بهم من اللائحة (المادة ٢١١ فما بعدها الي المادة ٢٤١).

وان كان التحقيق بواسطة شهادة الشهود فان ذلك يكون امام القاضي المعين للتحقيق (المادة ٢٦٩ مرافعات ولا تسمع الشهادة الا فيما يتعلق باثبات حصول الكتابة او الامضاء او الختم علي الورقة المقتضي تحقيقها ممن نسبت اليه. اما محتويات العقد او نفس حصوله واتفاق الخصوم فهذا لا تسمع فيه البينة لان البرهان الكتابي لا ينقضه الا برهان كتابي مثله وأما الشهادة هنا فلتظهر ان كان الخط أو الامضاء أو الختم ملفقاً او هو صادر حقيقة من الشخص المنكر له، ويضع الشهود امضاءهم وعلاماتهم علي الورقة المقتضي تحقيها ويذكر ذلك في محضر التحقيق (هـ وس) ويجب ان يلاحظ ان شهادة الشهود غير مقيدة في المحاكم الشرعية بما قيدت به في المحاكم الاهلية والمختلطة فيجوز ان يشهد هنا بما لا تجوز الشهادة به هناك. وعلي ذلك لو شهدوا بأصل الحق فانه يثبت بشهاداتهم ولا يكون حينئذ الي الاثبات بالكتابة حاجة. غير انهم اذا شهدوا بمعاينتهم التوقيع بالختم او الامضاء كان ذلك مثبتا للسند فلا حاجة اذن لشهادتهم بأصل الحق. وهاك نص المادة (١٥١) المتعلقة بذلك: اذا لم تتيسر المضاهاة ولم يكن للمتمسك بالسند دليل آخر جاز اثبات الامضاء او الختم عند الانكار بشهادة من عاينوا الخصم في حال التوقيع علي السند بامضائه او ختمه أهـ.

وحاصل ما تقدم كله ان من ادعي عليه حق في سند فان اقر بالحق او بالسند وانه هو الكاتب له او الموقع عليه بامضائه او ختمه عومل باقراره. وان انكر وبين للمحكمة من قرائن الاحوال والمعاينة صحة السند كان لها ان تلزمه به أيضا. وان اشتبه عليها الحال امرات بالتحقيق بواسطة اهل الخبرة او بشهادة الشهود. واذا لم ينتج شيء من ذلك فان كان طريق آخر للاثبات سلكه والا فلا تسمع دعواه لعدم الدليل علي صحتها.

وفي تحقيق الاختام بحث وآراء فصلها ووضحها كل من (هـ و س) وهاك ملخص ما قالاه ذلك: الختم والامضاء في الاعتبار القانوني سيان، فكما يجوز انكار الامضاء يجوز انكار الختم وحكم الاثنين واحد اذا كان الانكار يتناول بصمة

الختم والتوقيع به. الا ان هناك حالة انفرد بها الختم وهي الخاصة بالاقرار ببصمة الختم وانكار نفس التوقيع، وذلك لان الختم شيء مادي منفصل عن الانسان وقد تصل اليه يد غيره فيستطيع استعماله ولاسيما اذا لوحظ جهل حامل الختم في الغالب وقد يكون فوق ذلك من البساطة بحيث يتيسر ادخال الغش عليه فمن اجل ذلك كان حالة الختم تخالف حالة التوقيع كتابة، لان الاعتراف ببصمة الختم لا يفيد الاعتراف بالتوقيع ولكن الاعتراف بالتوقيع يفيد حتما صحة التوقيع ذاته أهـ اقول اذا دققت النظر رأيت ان الاعتراف بالتوقيع لا يفيد حتما صحة التوقيع كما قالوا. وبيان ذلك ان الاعتراف اما ان يكون بالفعل (اي فعل التوقيع) وهذا يفيد صحة التوقيع حتما واما ان يكون بان خط هذا التوقيع ليس خطه بيده وان كان مشابها خطة مشابهة تامة كما ان بصمة هذا الختم هي عين بصمة ختمة ولكنه لم يختمه بنفسه ولم يأمر غيره بالختم فالواجب ان يسأل حين انكار التوقيع اتنكر نفس الفعل؟ اي انك وقعت بنفسك، أم تنكر الخط والتوقيع جميعا: بان تقول انا لم اوقع وهذا الخط ليس خطي ولا شبيها به؟ وكذلك الحال في انكار الختم، يقال له اتنكر نفس الفعل؟ اي انك اخذت الختم بنفسك وختمت او امرت غيرك بذلك، ام تنكر نفس البصمة وانها ليست بصمة ختمك فان انكر نفس البصمة بان قال انها ليست بصمة ختمي كان ذلك بمثابة انكاره خط التوقيع بأنه ليس خطه.وفي كلتا الحالتين يجري التحقيق على ما تقدم. اما اذا انكر الفعل في فى الحالتين بان قال خط هذا الامضاء بشبه خطي تماما لا فرق بينما بينما لكنني لم اوقعه بيدي، وهذه البصمة هي عين بصمة ختمي لكنني لم اباشر الختم بنفسي ولم آمر احدا بذلك فحينئذ لا يفيد التحقيق بواسطة اهل الخبرة ولكنه يفيد بواسطة شهادة الشهود في الحالتين، غير انه اذا اقتنعت المحكمة بصحة الامضاء والتوقيع منه او عدم ذلك بما تستنبط من القرائن فلها القول الفصل في ذلك. انظر ما قدمناه عن فتح القدير في حكاية مشابهة الخط للخط وما تقدم آنفا في شرح المادة (١٥٠). غاية الامر في الفرق بينهما ان تقليد الامضاء ومحاكاة الخط ليست من السهولة بدرجة اختلاس الختم من صاحبة والتوقيع به وهو في غفلة من ذلك فان الثاني قد يحصل الف مرة ولا يتيسر حصول الاول مرة واحدة ولا سيما عند النظر

الدقيق وانظر شرح المادة ١٦٠٩ من المجلة لحيدر افندي.

وقد حكي كل من (هـ وس) ثلاثة آراء في حالة الاقرار بنفس الختم وانكار التوقيع:

الرأي الأول: ان الاقرار ببصمة الختم يعتبر قرينة علي التوقيع له ويلزم المنكر ان يثبت انه لم يكن هو الموقع به ولكن يجوز له ان يثبت ذلك بكل الوسائل دون ان يكون ملزما بسلوك سبيل دعوي التزوير.

الرأي الثاني: وهو كالاول في اعتباره كون الختم علي الورقة قرينة علي ان صاحب الختم هو الذي وقع به لكن اصحاب هذا الرأي يوجبون علي المنكر ان يطعن بالتزوير لا غير ولا يقبلون منه الانكار كأصحاب الرأي الاول، فالرأيان مشتركان في جعل عبء الاثبات علي صاحب الختم ومختلفان من حيث طريق الطعن اذ الطعن في الاول اوسع دائرة منه في الثاني.

الرأي الثالث: ان المتمسك بالورقة يجب عليه حال انكار التوقيع من صاحب الختم ان يثبت ان خصمة هو الذي وقع بختمه علي الورقة.

واحكام المحاكم موزعة علي هذه الاراء الثلاثة وقد رجح (هـ) الرأي الاخير مؤيدا ما ذهب اليه بأدلة قوية، واقتفي اثره في ذلك (س) واقول ان ما ذهبا اليه هو الرأي الصحيح لان التلاعب بالاختام امر ميسور جدا وفي مكنه كل مزور محتال ان يسلك طريقه في معاملة كل غر ساذج وهو السواد الاعظم في هذه الامة التي غلبت عليها الامية وسهولة الانخداع، وان حالة الامة امر تجب مراعاته حتما عند تشريع احكام لها والفصل في الخصومات بين افرادها، واني لاكاد اذهب مما شاهدته وعرفته انه لا يجوز التعويل علي بصمة الختم اصلا لولا الضرورة التي كانت قائمة فيما مضي من الزمن والان قد ارتفعت، اذ يمكن الاستعاضة عنها ببصمة الاصبع اذ قد ثبت انه لا تشابه بين بصمات الاصابع مطلقا (انظر الاصلين، وانظر مبحث بصمات الاصابع في كتاب التحقيق الجنائي العملي للاستاذ الفاضل محمد بك شعير) (٤).

دعوي التزوير:

التزوير هو مغايرة الورقة للحقيقة بان تكون كلها مختلفة بواسطة تقليد لكتابة

---

(٤) وقد تقدم الكلام في المادة (١٥٣)

الغير او امضـائه او ختمه، او تكون الورقة صحيحة في اصلها ثم احدث فيها محو واضافة، او يكون المدون بها خلاف الواقع كما لو ذكر في شهادة ميلاد اسم لابي الطفل يخالف اسمه الحقيقي، وكما لو تسمي شخص باسم آخر في عقد رسمي او غير رسمي، او كتوقيع شخص علي عقد بيع (مثلا) في حين ان التعاقد انما هو علي عقد ايجار وهكذا (انظر س) ودعوي التزوير مسموعة في جميع الاوراق عرفية كانت او رسمية كما تقدم، وهاك تفصيل القول في ذلك:

الطعن بالتزوير في الاوراق العرفية:

تحته حالتان (الاولي) قبل الطعن في الاوراق بالانكار (الثانية) بعد الطعن بالانكار. ففي الحالة الاولي للشخص المنكر للورقة المقدمة من خصمه لتكون حجة عليه في الدعوي ان يسلك احد طريقين: اما الطعن بالانكار ، وفي هذه الحالة يكون علي خصمه المتمسك بالورقة المطعون فيها اقامة البرهان علي صحتها كما تقدم. واما الطعن بالتزوير اذا كان واثقا من صحة ادعائه ولدية ما يكفل له النجاح. وعليه في هذه الحالة اقامة البينة علي التزوير (س). واما بعد الانكار وتحقيق الخط وفصل القضاء فقيل لا تسمع دعوي الطعن بالتزوير احتراما للقضاء ولان الاجراءات التي تتبع في حالة الطعن بالتزوير لا تختلف عن الاجراءات المتبعة في تحقيق الخطوط وقيل تسمع الدعوي لقلة الثقة بأعمال الخبراء باستنتاجاتهم ولان مدعي التزوير لم يكن الا مدعي عليه في تحقيق الخطوط ولم يخسر الدعوي خسرانا حقيقيا لان موقفه كان موقف انكار محض ولان هناك خطرا كبيرا من انتصار مزور افلح في تحقيق الخطوط باقناع المحكمة بصحة الورقة بعكس ما لو وجهت عليه دعوي التزوير فانها قد تسوقه الي محكمة الجنايات. وقد اختلف الترجيح (انظر هـ و س).

الطعن بالتزوير في الاوراق الرسمية:

ينقسم الطعن بالتزوير في الاوراق الرسمية الي قسمين: (الاول) الطعن فيما يعتبر رسميا منها وهو ما اجراه الموظف المحرر لها نفسه او رآه او سمعه. والاصل فيه ان يعتبر صحيحا حتي يثبت عدم صحته ولا يكون ذلك الا بالطعن بالتزوير- اذ المصلحة قاضية باحاطة الاعمال الرسمية بسياج من الثقة والاحترام. (الثاني) الطعن

فيما لا يعتبر رسميا منها وهو مادونه الموظف بها علي علاتة كما قيل له فانه لا يضمن صحته، وهذا القسم يجوز اثبات ما يخالفه بجميع الطرق القانونية بدون حاجة للطعن بالتزوير (انظر س وما قدمناه عن شرح القانون المدني واللائحة الشرعية مما يتعلق بذلك).

السير في دعوي التزوير:

قال (س) السير في دعوي التزوير من البدء الي النهاية ينقسم الي ثلاثة ادوار:

الدور الاول: قبول الطعن بالتزوير الدور الثاني: تحقيق ادلة التزوير الدور الثالث: الحكم في التزوير وفي الموضوع.

الدور الاول- قبول الطعن بالتزوير:

تقرير الطعن بالتزوير: جاء في (المادة ١٥٤ لائحة) ما نصه: اذا طعن من يشهد عليه السند بالتزوير فيه قدم تقريرا بذلك لقلم كتاب المحكمة. وجاء في المادة (٢٧٣ مرافعات) ان التقرير يحرر في قلم كتاب المحكمة. قال (س) والحكمة في عمل التقرير في قلم كتاب المحكمة هي حمل الطاعن علي زيادة التروي في الامر ولكي يتمكن قلم الكتاب من وصف الورقة واجراء اللازم للمحافظة عليها. وزادت المادة (٢٧٣) انه يرسل صورة من التقرير فورا بمعرفة الكتاب لقلم النائب العمومي بالمحكمة وذلك لتستطيع النيابة السير في تحقيق التزوير ورفع الدعوي العمومية اذا تراءي لها ذلك. واما اللائحة فقد جاء في المادة (١٧٠) منها ما نصه اذا ثبت تزوير سند من السندات ارسلته المحكمة مع صور المحاضر المختصة به الي قلم النائب العمومي الكائن بدائرة المحكمة أهـ وعليه فالدعوي العمومية بالنسبة لدعاوي التزوير في المحاكم الشرعية لا ترفع بواسطة النيابة الا بعد ثبوت تزوير السند في المحكمة الشرعية بخلاف الدعوي العمومية بالنسبة للقضايا المدنية التي فيها طعن بالتزوير فانه يجوز رفعها قبل الدعوي المدنية وتوقف الدعوي المدنية حينئذ.

ونصت المادة (١٥٥) علي انه يترتب علي الطعن بتزوير الورقة ان يقف السير في الدعوي اذا لم يكن للمدعي دليل آخر لاثباتها (انظر هـ و س والمادة ٢٧٨ مرافعات) وقال (هـ) ان اول واجب علي مدعي التزوير هو ان يقرر تزوير الورقة ومتي قرر ذلك فقد اعتبر رافعا لدعوي التزوير أهـ.

(ايداع الورقة) جاء في المادة (١٥٦) ما نصه: علي المدعي ان يسلم الي قلم كتاب المحكمة السند المدعي تزويره اذا كان تحت يده والمادة (١٥٧) اذا كان السند تحت يد الخصم المدعي عليه بالتزوير يجب علي رئيس المحكمة في حالة اطلاعه علي تقرير المدعي بالتزوير ان يعين بناء علي طلب المدعي من يتسلم هذا السند او يضبطه ويودعه في قلم الكتاب والمادة (١٥٨) اذا امتنع من تحت يده السند المذكور من تسليمه ولم يمكن ضبطه يستبعد من ادله الدعوي. والمادة (١٥٩) تبين حالة السند علي الوجة السابق في المادة (١٤١) وهذه المواد الاربع ظاهرة واضحة وهي تقابل المواد (٢٧٤و٢٧٦و٢٧٧و٢٨٦ مرافعات) مع تفاوت يسير غير جوهري وقد نصت المادة (٢٧٥ مرافعات) علي انه اذا كانت الورقة تحت يد المحكمة او كاتبها فيصير ايداعها في قلم كتاب المحكمة بمعرفة كاتبها إهـ. وانظر (هـ وس) وقد جاء في المادة (٢٨٨) مرافعات ما نصه: في حالة ايداع الاصل للورقة المذكورة في قلم كتاب المحكمة يؤذن منها لكاتبها عند الاقتضاء بان يعطي الصور التي تطلب من الاصل المذكور لمن يكون له الحق في اخذها ممن عدا الخصمين أهـ. وقد خلت اللائحة من هذا النص.

اعلان ادلة التزوير:

يجب علي مدعي التزوير ان يعلن المدعي عليه في ظرف ثمانية ايام من تاريخ تقديم التقرير بأدلته علي ذلك مع تكليفه بالحضور امام الجلسة للمناقشة في تلك الادلة. (المادة ١٦٠ لائحة) ولكن المادة (٢٧٩ مرافعات) قيدت تكليف المدعي عليه بالحضور بمعياد ثلاثة ايام واهملت ذلك القيد المادة ١٦٠ لائحة المأخوذة منها. فاذا مضي الميعاد المذكور ولم يفعل مدعي التزوير ذلك ولم يبد عذرا مقبولا تقرر المحكمة سقوط دعوي التزوير (المادة ١٦١ وانظر المادة ٢٨٠ مرافعات) وقد اراد واضع القانون الا يتخذ الناس طريق الطعن بالتزوير سبب للمعاكسة والتسويف فنص علي انه اذا مضي ميعاد الثمانية الايام ولم يفعل المدعي ذلك جاز الحكم بسقوط دعوى التزوير كما هو نص المادة (٢٨٠) انظر (س وهـ) واما اللائحة فانها لم تعبر بالجواز فتجعل الرأي للمحكمة في الحكم بسقوط دعوي التزوير بل قالت تقرر المحكمة بسقوط دعوي التزوير وظاهر هذا النص انها لاخيار لها في الحكم بل

هي ملزمة به.

ولما كان الغرض من دعوي التزوير هو استبعاد الورقة المزورة فقد تراءي لواضع القانون ان اجراءات التزوير يجب ان تقف اذا قرر المدعي عليه في مادة التزوير بانه غير متمسك بالورقة المدعي تزويرها وبهذا جاء نص المادة (١٦٢ لائحة) (وانظر ٠هـ٠ والمادة ٢٨١ مرافعات)

النظر في قبول ادلة التزوير:

قال (س) في الجلسة المحددة للنظر في ادلة التزوير. تفحص المحكمة هذه الادلة وتناقش فيها الطرفين ولا تقبل منها الا ما يكون متعلقا بدعوي التزوير وجائزه القبول بالنظر لاثباتها أهـ. وبهذا جاء نص المادة (١٦٣) وهو لا تقبل المحكمة من الادلة في دعوي التزوير الا ما كان متعلقا بها وجائزة القبول شرعا. وانظر المادة (٢٨٢) مرافعات. فاذا ظهر للمحكمة في الجلسة تزوير السند قررت في الحال الغاءه وسارت في الدعوي الاصلية بالطريق الشرعي والا امرت بالتحقيق ٠المادة ١٦٤ وانظر المادة ٢٨٣ مرافعات وانظر س).

الدور الثاني- تحقيق ادلة التزوير:

اذا رأت المحكمة ان دعوي التزوير في حاجة الي فحص وتدقيق امرت باجراء ما يكشف الحقيقة اما بمعرفة اهل الخبرة او بشهادة الشهود او بالطريقين معا (انظر س والمادة ٢٨٤ مرافعات و هـ) ويشتمل امر التحقيق علي بيان الادلة التي قبلتها المحكمة وتعيين القاضي الذي يكون التحقيق بمباشرته واليوم والساعة اللذين يكون فيهما البدء في التحقيق والتصريح للقاضي المندوب بتعيين خبير او اكثر عند الحاجة (المادة ١٦٥) واذا اقتضي التحقيق مضاهاة الخطوط او الاختام وجب ان تراعي القواعد المقررة لذلك في اللائحة (المادة ١٦٦) ويكون التحقيق بحضور الخصوم او وكلائهم او في غيبتهم بعد اعلانهم بالحضور (المادة ١٦٧ وانظر هـ وس) بالجملة فانه يراعي في اثبات التزوير القواعد المقررة بشأن تحقيق الخطوط (هـ)- وكذا الشأن في تحقيق الاختام. قال (هـ) بعد ان حكي رأيين فندهما في تزوير الاختام ما نصه: اما الرأي الحق فهو انه في حالة انكار التوقيع يجب اثبات التوقيع وفي اثبات دعوي التزوير

يلزم اثبات او التوقيع لم يحصل من صاحب الختم ان ان الختم مزور أهـ.

الدور الثالث- الحكم في التزوير وفي الموضوع:

متي تم التحقيق تحال جميع الاوراق علي المحكمة في جلسة يحددها القاضي ويخبر بها كاتب المحكمة الخصور ان لم يكونوا حاضرين وقت الامر بالاحالة (١٦٨) وقال (س): عند انتهاء التحقيق في مادة التزوير يكلف الخصم الذي يطلب التعجيل حضور الاخر امام المحكمة بميعاد ثلاثة ايام كاملة للمرافعة في دعوي التزوير ثم الحكم فيها وفي موضوع الدعوي بعد ذلك بدون اعلان جديد والحكم الذي يصدر من المحكمة في دعوي التزوير اما ان يكون ببطلان الورقة لكونها مزورة وعلي ذلك لا يعول عليها عند الفصل في موضوع الدعوي او يكون التزوير غير ثابت فتعتبر المحكمة الورقة صحيحة وتقضي في الدعوي علي هذا الاعتبار إهـ.

حكم المحكمة بالرد والبطلان من تلقاء نفسها:

يجوز للمحكمة ان تقرر رد او بطلان اي سند يتحقق لها انه مزور ولو لم تقدم لها دعوي بتزويره بشرط ان تبين ادلة ذلك في القرار (المادة ١٦٩ والمادة ٢٩٢ مرافعات وانظر هـ وس) هذا وبمراجعة قانون المرافعات يري ان مواد اللائحة مقتبسة منه مع بعض اختلاف يسير في الاجراءات كما تقدم. وقد نصت المادة (٢٩١) مرافعات علي ان من ادعي التزوير وسقط حقه في دعواه او عجز عن اثباته يحكم عليه بغرامة الفي قرش ديواني انما لا يحكم عليه بشيء اذا ثبت بعض ما ادعاه من التزوير أهـ والمادة (٢٧٢) علي انه: اذا حكم بصحة كل الورقة الواقع الانكار فيها فيحكم علي كل من انكرها بغرامة اربعمائة قرش ديواني أهـ وأما اذا ثبت التزوير فيكون من حق النيابة العمومية رفع دعواه في محكمة الجنايات انظر المادة (٢٧٢) وتعليقات جلاد عليها وما فيها من المبادىء الحسنة.

(تتمة) قد لاحظ (هـ) ان القانون قد نظم نوعين من الاجراءات في مسائل الاثبات بالكتابة. نوعا قاصرا علي الاوراق العرفية ونوعا يشمل الاوراق الرسمية والاوراق العرفية جميعا. ففي تحقيق الخطوط يكون عبء الاثبات علي المتمسك بالورقة وهو الذي يباشر اجراءات التحقيق، وفي دعوي التزوير يكون الاثبات علي من نسبت اليه الورقة رسمية كانت او عرفية فهو الذي يباشر اجراءات دعوي

التـزوير. ومن هذه المقـارنة يظـهر ان هـناك طريقـتين للطعن في الاوراق العـرفـيـة: (الاولي) مـجـرد الانكار الذي يوجب الاثبـات علي المتـمسك بـالورقة. و(الثـانيـة) الطعن بالـتـزوير في الورقـة ممن ينكـرها. وقـد نقل واضع القـانـون المصـري هاتين الطريقتين عن القانون الفرنسي. اما بعض القوانين المدينة كالقانون الالماني فقد تجاوز عن التفـرقة بين اثبات صـحة الاوراق وتزويرها واتخـذ طريقة واحدة لهـذا الاثبات تختلف فقط فى شـخص من يباشرها بحسب صـفة الورقة المستند عليهـا فاذا كانت رسميـة او مصدقاً عـلي التوقيع فيـها فاثبات عـدم صحتهـا علي من تنسب اليه واذا كـانت عرفـية فـاثبات صـدورها ممن هي منسـوبة اليه واجب علي المتـمسك بهـا اذا انكرها من نسبت اليه إهـ وتمامه فيه.

أقول- في صورة الانكار يكون المتمسك بالورقة مـدعيا فلا جرم كان عليه عبء الاثبات لان خصمة منكر، واما في حالة دعوي التزوير فان عبء الاثبات يكون علي مدعيه لانه يدعي فعلا صدر من غيره مضرا به وهو مخالف للواقع، فوضح الفرق.

ملحــوظة:

رأيت الابقاء- تميما للفائدة- علي هذا البحث في مـوضعه من الكتاب كما جاء بالطبعة الثانية سنة ١٩٤٠.

والمواد المشار اليهـا فيه هي مواد اللائحـة الشرعية الصادرة بـالمرسوم بقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ التي الغيت بالقـانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ومواد قانون المرافـعات الاسبق المعـمول به في ذلك الوقت، والذى ألغي باصـدار قانون المرافـعات السـابق رقم ٧٧ سنة ١٩٤٩، الذي حل مـحله قانون المرافـعات الحالي رقم ١٣ لسـنة ١٩٦٨ وقانون الاثبـات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ والواجب اتباع احـكامهـا في هذا الخصـوص اعمـالا للقانون رقم ١ لسنه ٢٠٠٠ واضيف بالهوامش بعض احكام محكمة النقض المتعلقة بالموضوع.

الطبعة الرابعة

الفـــرع الثـــانى

المجلة العدلية وقانون المحاكمات الحقوقية (١)

جـاءت المجلة العدليـة في بلاد الدولة العليـة العثـمانيـة منظمة لقـواعد الاثبـات بالكتابة وبين قـانون المحاكمـات الحقوقيـة طرق الاجراءات مع بعض قواعـد اخري مشـابهة لما فـي القانون المدني المصـري في باب الاثبات ولم تذكـر تلك القواعـد في المجلة لانهـا لا تتـمـشي مع مـذهب ابي حنيـفـة- الذي هو المذهب الرسـمي للدولة العثمانية- الا يضرب من التعسف ولذا قصـر الامر فيها علي المحاكم النظامية وهاك جملة القول في ذلك وقد تقدم بعض موادها فيما مضي لكنها هنا قد جمعت معا:

أولا- ما يتعلق بالاقرار:

الاقرار بالكتابة كالاقراد باللسان ٠المادة ١٦٠٦) وجاء في الماءة (٦٩) ان الكتاب كالخطاب واذا امر احد غـيره انه يكتب اقراره كان هذا قائما مقـام اقراره الذي يكتبه بنفسه ٠المادة ١٦٠٧) وما في دفاتر التجار المعتـد بها فما يكون علي التاجر لغيرة هو من قـبيل الاقـرار بالكتابة ايضـا ولو لم يكن مـرسومـا وقد تقـدم تعليل ذلك (المادة ١٦٠٨) واذا كتب احـد سندا او استكتب واعـطاه دائنه وعليه توقـيعه اوخـتمـه كان معتبرا ومرعـيا كتقريره الشفوي لانه اقرار بالكتابة ان كان مـرسوما اي موافقا للرسم والعـادة في كتـابه السندات ومن ذلك الوثائق التي تفـيد قـبض ذي الدين دينه وهي المسماة في العرف بالوصوف والوصلات، والوصل ٠المادة ١٦٠٩).

---

(١) المجلة العدليـة هي القانون المدني للدولة العليـة العثمانيـة قد ضم اليه مـسائل الدعوي واحكامـها وقواعد الاثبـات وما يتعلق بالقضاء.

وهي تحتوي ستة عشر كتابا صدرت الارادة السلطانية السنية بالعمل بالكتاب الاول منها في ٢ ذي الحجة سنة ١٢٨٦ الموافق ٥ مارس سنة ١٨٧٠م وانتهي الكتـاب السادس عشر منها وصدرت الارادة بالعمل به في ٢٦ شـعبان سنة ١٢٩٣ هـ الموافق ٢٦ سبتـمبر سنة ١٨٧٦ك ثم صدرت ارادة سنيـة بالتعليمـات المنظمة للسندات الشرعيـة التي يعمل بها ويحكم بمضـمونها بدون بينة في ٤ جمادي الاولي سنة ١٢٩٦ هـ الموافق ٢٦ ابريل سنة ١٨٧٩م . وامـا قانون المحاكمات الحقوقيـة فهو قانون المرافعات المدنـي والتجاري وقد نشر للعـمل به بعد صدور الارادة السنيـة في ٢ رجب سنة ١٢٩٦ هـ الموافق ٢٢ يونية سنة ١٨٧٩,

وانه اذا انكر الدين من كتب سندا او استكتبه واعطاه الدائن موقعا عليه بامضائه او مختوما بختمه فلا يعتبر انكاره ان كان خطه او ختمه مشهورا ومعروفا بل يعمل بهذا السند وان لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ويعرض ما يكتبه علي اهل الخبرة فان اخبروا بانهما كتابة شخص واحد فانه يجبر علي اعطاء الدين المحرر به السند (٢) والحاصل انه يعمل بالسند ان كان بريئا من شائبة التزوير والا فانه يحلف بطلب المدعي علي ان السند ليس له وانه ليس بمديون للمدعي (المادة ١٦١٠).

واذا مات من عليه الدين وكان بيد دائنة سند الدين محررا علي ما تقدم فان كان الورثة مقرين بالدين الزموا بوفائه من التركة وان كانوا منكوين فلا يعمل بذلك السند الا اذا كان خطة أو ختمه معروفين (المادة ١٦١١) (٣) والشهرة تكون بالاستفاضة وهل يقارن السند الذي انكر الورثة صدوره من مورثهم بما يوجد من كتاباته الاخري كما يقارن بذلك حال حياته، لم تنص المادة علي ذلك والظاهر انه لا فرق وهذا مما يقتضيه العدل. واخيرا جاء في المادة (١٦١٢) انه اذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة شخص مكتوب عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان وهو عندي امانه، يأخذ ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج الي الاثبات بوجه آخر أهـ.

---

(٢) قارن هذا بما جاء في المادة (١٥٠) من اللائحة الشرعية وسيأتي الكلام فيها في موضعه.

وفي تبصرة الحكام قال مالك فيمن اوصي ان تقبض ديونه وان يقضي ما عليه فوجد صك باربعة عشر دينارا وفي اسفله بخط الميت- قبضت منها ثمانية دنانير مما في بطن هذا الكتاب- هل يحلف المطلوب ويبرأ من الثمانية؟ قال يبرأ منها بلا يمين ويؤخذ منه ما بقي. وفيها ايضا اذا ادعي رجل علي رجل بمال فجحدة فاخرج المدعي صحيفة مكتوبا فيها خط المدعي عليه واقراره بما ادعي عليه وزعم المدعي أنه بخط المدعى عليه ذلك وليس بينها بينة فطلب المدعى أن يجبر المدعى عليه علي ان يكتب بحضرة العدول ويقابل ما كتبه بما اظهره المدعي فأفتي ابو الحسن اللخمي بأنه يجبر علي ذلك وعلي ان يطول فيما يكتب تطويلا لا يمكن معه ان يستعمل خطا غير خطه. وافتى عبدالحميد الصائغ بأن ذلك لا يلزمه، اذ لا يلزمه احضا ربيه تشهد عليه وفرق اللخمي بينهما بان المدعي عليه يقطع بتكذيب البينة التي تشهد عليه فلا يلزمه ان يسعي في امر يقطع ببطلانه.

واما خطة فانه صادر عنه باقراره، والعدول يقابلون ما يكتبه الان بما احضره المدعي ويشهدون بموافقته او مخالفته. ورجع اكثر المشايخ ما أفتي به اللخمي أهـ.

وفيها ايضا نقلا عن الطرر- من شهد له شاهدان علي خط غريمه بما ادعاه عليه وهو جاحد انه لا يحكم له الشهادة علي خطة حتي يحلف معها فاذا حلف انه الحق وما اقتضبت منه شيئا مما كتب بخطه. اعطي حقه. فان كان طالب الحق ميتا حلف ورثته علي البت ايضا انه الحق وما علمناه اقتضي منها شيئا أهـ وله تتمه فراجعها في التبصرة ان شئت.

(٣) وهذا صريح مذهب الامام احمد كما رواه ابن القيم.

ثانيا- ما يتعلق بالخط علي وجه العموم:

جاء في المادة (١٧٣٦) مـا نصه لا يعمل بالخـط والختم فقط ولكن اذا كـان سالما من التـزوير والتـصنع يكون مـعمـولا به يعني يكون مـدارا للحكم ولا يـحتـاج الي الثبوت بوجه آخر. وفي المادة (١٧٣٧) ان البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونهـا في مـأمن من التـزوير معـمـول بهـا. وفي المادة (١٧٣٨) يعمـل بسجـلات المحاكم اذا كانت قد ضبطت سالمة من الفساد والحيلة علي الوجه الذي يذكر في باب القضاء. وفي المادة (١٧٣٩) لا يعمل بالوقفيـة فقط ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه تكوت معمولا بها علي ذلك الحال.

أقول قـارن هذا بما في المـادة (١٣٤) مـن اللائحـة الشـرعـية ويحـسن أن تراجع و شرح المجلة ولاسيما شرح علي افندي حيدر المطول وشح سليم افندي.

وقد جاء في قانون المحاكمات الحقوقية من المواد ما يتم به ما جاءت به المجلة وينظم اجراءته بما فـي ذلك من بيان الاورق الرسـمية وقـوتها والاوراق العـادية (اي العرفـية) ومتي تكون حـجة وطرق الطعن في الاوراق وهو نظير مـا جاء في قواعـد الاثبات في القانون المدني المصري ومـا جاء في قانون المرافعات الاهلي مما يتـعلق بالاثبات بالكتابة وطرق الطعن في الوراق وكل ذلك مـتفـق في الجوهر، مع اخـتلاف في بعض المسـائل الجزئية- انظر المواد (٧٢ وما بعدها الي المادة ٧٨) والمواد (٨٠ و٨١) منه

ملحـوظة:

رأيت الابقاء- تميما للفائدة- علي هذا البحث في مـوضعه من الكتاب كما جاء بالطبعة الثانية سنة ١٩٤٠.

الفصل الثالث

القوانين المصرية

الفرع الأول

القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

رأيت جمع أبحاث القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية إلى ما بعد الكلام عن الشهادة.

وسيأتى إن شاء الله فى الفرع الثانى من الفصل الرابع عشر من الباب الثانى.

الفــرع الثـــانى
نبذة سريعة مختصرة عن القوانين

جاء فى شرح القانون ما ملخـصه الأدلة الخطية هى البراهين التى تكون ثابتة بالكتـابة ويقال لهـا سندات أو صكوك مـتى كانت مـحررة فـتكون برهانا على الحق.

والمحررات نوعان: رسمية وغير رسمية.

فالمحرر الـرسمى هو الورقة الصادرة من مـوظف أميرى مخـتص باصدارها بالأوضاع المفـررة لها، وتنقـسم المحررات الرسـمية إلى أربعـة أقسـام: (القسم الأول) يشـمل الأوراق العمـوميـة أو السيـاسيـة وهى التى تصدر من الحكـومة باعتـبارها قوة تشـريعية أو تنفـيذية أو سيـاسية كـالقوانين والمعـاهدات الدولية والأوامر العالية والقرارات العمومية. والتزوير الواقع فى هذا القسم يكاد يكون متـعذرا لنـدرته بل لعدم حـدوثه بالمرة خصـوصا عندنا (القـسم الثانى) يشـمل الأوراق الإدارية وهى الصادرة من المصالح العمـومية وفروعها وسائر مـوظفيها بصفاتهم الرسـمية. ويدخل فى ذلك قرارات النظارات (الوزارات) والمديريات والدفاتر الخـاصة بكل مصلحـة وأوراق الولادة والوفاة ودفاتر تسـجيل الرهون ودفاتر الـدخوليات وشـروط المزادات وتصمـيمـات نظارة الأشغـال وحوالات البوسـتة ودفاترها والأرقام التى تضـعها على الطرود لبـيان وزنها وقيـمة الرسم المأخـوذ عليـها والشـهـادات الدراسـية على اخـتـلاف أنواعـها وتذاكـر البـدل العسكرى ودفاتر السجون ودفاتر الحسابـات العمومية. (القسم الثالث) الأوامر القضائية سواء كانت محررة ممن لهم حق جـمع الاستدلالات والتحقيق واقامة الدعوى أو من عـمال المحـاكم كتـبة كانوا أو مـحضـرين وتقارير أهل الخـبرة

المصرح لهم بسماع أقوال الأخصام. (القسم الرابع) يشمل الأوراق المدنية الصادرة من أولى الشأن على يد مأمور بتحريرها كالعقود الرسمية والانذارات على يد المحضرين ويشترط فى هذه الأوراق ثلاثة شروط: (الأول) أن يكون محررها موظفا أميريا. (الثانى) أن يكون تحريرها من أعمال وظيفته. (الثالث) أن تستوفى الشروط المقررة لتحريرها. فالموظف الأميرى هو كل شخص خولته الحكومة جزءا من سلطتها العمومية سواء كان له نظير ذلك أجر أم لا. ولأجل التمييز بين عمال الحكومة تنوعت أسماؤهم ومأذنو الأنكحة فى القرى موظفون أميريون فيما عهد إليهم توثيقه من عقود الزواج والطلاق وتلك العقود أوراق رسمية. (١) ومعنى اختصاص الموظف باصدار المحرر أنه من متعلقات وظيفته فان لم يكن منها لا يعتبر ما حرره ورقة رسمية. كما لو حرر أحد المحضرين عقد زواج أو أعلن المأذون لأحد الخصوم ورقة تكليف بالحضور.

المحررات غير الرسمية: الأوراق غير الرسمية هى التى يحررها الأفراد من دون توسط أحد الموظفين، وهى أنواع: (الأول) الأوراق العرفية (الثانى) الأوراق التجارية وهى المحررات الجارية بين التجار من دفاتر وسندات ورسائل (الثالث) الأوراق الخصوصية.

فالمحررات العرفية هى التى يتداولها الأفراد فى غير المواد التجارية وكذا المحررات التى يتبادلها التجار فيما يرجع لحاجاتهم الخاصة مما لا علاقة له بتجارتهم. وليس للمحررات العرفية شروط خاصة تجب مراعاتها بل هى تحرر على النحو الذى يريده أصحابها وتكون تامة بتوقيع من صدرت منه.

وينبغى أن تحرر بخط المتعهد أو أنه يكتب عليها بخطة عبارة تفيد علمه التام ورضاه الكامل بالتعهد المفروض عليه. فان كان لا يحسن القراءة والكتابة

(١) مادة ١٠ من قانون الاثبات «المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه»
وجاء نص المادة ٨٢ من مشروع قانون الاثبات مطابقا.

اكتفى بتوقيعه بختمه والا وقع ببصمة اصبعه وهذا أحسن لأنها لا تسرق ولا تقلد بخلاف الختم.

والأوراق التجارية هى التى يحررها أهل التجارة خاصة بمتاجرهم من دفاتر ورسائل وفواتير وسندات وتحاويل وهكذا. وأهم تلك الأوراق الدفاتر لما يترتب عليها من الاثبات لأصحابها وعليهم.

والدفاتر التجارية قسمان (القسم الأول) الدفاتر الواجب على كل محترف بالتجارة استعمالها طبقا لما هو مدون فى المواد ٢١ وما بعدها من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(القسم الثانى) الدفاتر الاختيارية وهى التى يزيدها التاجر من نفسه تسهيلا للعمل وظبطا لحركة الأخذ والعطاء على حسب ما يظهر لكل واحد بالنظر لنوع متجره وأهميته. وليس لهذه الدفاتر نظام مسنون (ملحوظ) سندات العقود والتعهدات التى تحرر بين التجار تدخل ضمن الأوراق العرفية.

والأوراق الشخصية أو الخاصة هى الدفاتر والمذكرات وجميع المحررات التى يتخذها كل فرد تاجرا كان أو غير تاجر موظفا أو غير موظف فى مصلحة نفسه لضبط أعماله والاهتداء إلى أحوال معاملاته مع غيره من بيع وشراء واستقراض وأقراض وتعهدات وحقوق وحوادث وما أشبه ذلك. ولا فرق بين أن تكون تلك الأوراق مضموما بعضها إلى بعض فى صورة دفاتر وسجلات أوأن تكون منفصلة كل ورقة قائمة بذاتها سواء أكانت ممضاة أو غير ممضاة.

قوة الدليل الخطى: يراد بقوة الدليل الخطى ما له من الاعتبار بالنسبة لذوى الشأن ولغيرهم ممن تكون له صلة بهم وللقاضى الذى يحتج بالمحررات أمامه.

قوة الدليل الخطى بالنسبة لذوى الشأن فيه: جميع الأوراق رسمية وغير رسمية حجة على من وقعها مع تفصيل يسير فأما المحررات

الرسمية فحجة قاطعة على المتعهد سواء أكانت عقدا أم اقرارا فهو لا يفلت منها الا اذا أبطلها (٢) وطريق ابطالها عسير فى العادة إذا لابد للطالب من اتخاذ طريق دعوى التزوير ولها اجراءات طويلة وقد تعرض مدعيها إلى الحكم عليه بألفى جنيه غرامة إن لم ينجح (٣) ومع ذلك ليس الحكم بعدم اعتبار الورقة الرسمية موقوفا على اقامة دعوى من الخصم الذى يريد ابطالها بل يجوز للمحكمة أن تحكم برد وبطلان أية ورقة يتحقق لها أنها مزورة ولو لم تقدم إليها دعوى تزوير تلك الورقة (٤) وأما المحررات العرفية فهى حجة على من وقعها ولكنها تتزعزع إذا أنكرت الكتابة أو الامضاء الموقعة به. (٥) ولدعوى انكار الكتابة أو الخط طريق مسنون فى قانون الاثبات وهوأسهل من دعوى التزوير لأن الدليل فى هذه واجب على من يطعن بعدم صحة المحرر الرسمى. وأما فى الأوراق العرفية فالانكار من قبل المحتج بها عليه يجعل مقدمها مكلفا باقامة البرهان على صحتها (٦) وأما الأوراق التجارية أعنى دفاتر التجار السابق ذكرها فالواجب الاستعمال منها حجة صحيحة ضد التاجر لمن تعامل معه سواء أكان هذا تاجرا أم غير تاجر وسواء أكان التقاضى فى أمر تجارى أم مدنى، وسواء أكانت تلك الدفاتر جامعة شروط القانون أم لا، ولا ينقسم الدليل المنتزع من هذه الدفاتر، فأما اعتباره لصالح المحتج به وعليه وأما تركه. فمن باع تاجرا

---

(٢) مادة ١١ من قانون الاثبات «المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا.

وجاء نص المادة ٨٣ من مشروع قانون الاثبات مطابقاً

(٣) المادة ٤٩ من قانون الاثبات وما بعدها.

(٤) المادة ٥٨ من قانون الاثبات وتقابلها المادة ١٣٠ من مشروع قانون الاثبات.

(٥) المادة ١٤ من قانون الاثبات وتقابلها ٨٦ من مشروع قانون الاثبات.

(٦) المواد ٣٠ ــ ٤٨ من قانون الاثبات وتقابلها المواد من ١٠٢ ــ ١٢٠ من مشروع قانون الاثبات.

متاعـا واحتج على بيعه بدفتر المشـترى وكان فيه انه دفع الثـمن كله أو بعضه لا يجـوز له ان يتـخلص من ذلك القـبض بالانكار. واذا ادعى تزوير ذلك فـعليـه الاثبات. ولا يتحقق عدم الانقسام الا إذا كان بين الأمرين المراد الأخذ بأحدهما وترك الثـانى تلازم أو على الأقل عـلاقة قـوية كالبـيع وقـبض الثمن وكـالدين وأدائه. فان كـانا منفكين فالانقـسام وارد كـما لو ادعى أحدهم دينـا على تاجر واحتج بدفتره فبان فيه ثبوت الدين وان المدعى مدين للتاجر أيضاً.

أقـول هذا مبنى على أن الاقـرار لا يتـجزأ قـانونا وهو مـوافق لمذهب بعض الفقهاء وسيأتى موضحا فى الكلام فى الاقرار.

والدفاتر الاختـارية ليست حجة شرعيـة ولكنه يجوز الاستئناس بها وتعـتبر قرينة فـى الخصومـة ويلحق بها المخـالصات المؤشر علـيها بدفع القـيمـة ودفاتر السماسرة ومراسلات التجار للتجار.

أما الأوراق الشـخصـية أو الخاصـة فيلاحظ فـيها مـا يأتى: (أولا) لا تكون الأوراق والدفاتر المنزلية دليلا فى صالح صاحـبها سواء كان ذلك باثبات دين له على غيـره أو تخلصه من ديـن عليه. ولا تعتـبر مـبدأ دليل بالكتـابة يسوغ مـعه لصاحبها طلب الـيمين الحاسمة من خصمه ومع ذلك يجـوز للقضاة أن يطلعوا عليها إذا قدمها صاحبها على سبيل الاسترشاد فقط ليستخرجوا منها قرائن على صحة بعض وقائع الدعوى أن أمكن (ثانيا) تعتبر الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبهـا فى حالتين: الأولى اذا أثبت فيها حـصول أداء دين له أو جزء منه الثانية اذا أثبت فيهـا وجود دين أو تعهد عليه لغيره بشرط أن يذكر فـيها صراحة أنهـا حررت لتـقـوم مقـام الوثيـقة فى صـالح الدائن (ثالثـا) أن تكون الأوراق المذكورة مـحررة بخط صـاحبهـا أو ممضاة منه حتى يمكن الاحـتجـاج عليه فى الحالتين السابقتين. (رابعا) يلحق بالأوراق المحررة بخط صاحبها أو الممضاة منه

الأوراق المحررة بخط كاتبه المعين لذلك أو المحررة بمعرفة أجنبي ولو كان المدين نفسه اذ ثبت أن تحريرها كان بعلم صاحبها أو بناء على اشارته. (خامسا) اذا كانت الكتابة التى تثبت براءة المدين من دينه الواجب لصاحبها مشطوبة لكن لا تزال تقرأ تعتبر دليلا على تلك البراءة من الدين المذكور. واذ كانت تثبت دينا على صاحبها وهى بهذه الصفة فهى لا تعتبر (سادسا) تسقط قوة الأوراق والدفاتر المذكورة باقامة الدليل على ما يخالف الثابت فيها ولو بالشهود من غير أن يكون هناك احتياج لوجود مبدأ دليل بالكتابة (سابعا) الأمر الثابت فى تلك الأوراق لا يقبل الانقسام فمن استند عليها وجب عليه قبول مجموعها وان خالف جزؤه ما يطلبه (ثامنا) ليس للقاضى أن يطلب احضار أوراق أحد الأخصام المنزلية أو دفاتره من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم الآخر الا اذا كانت الدفاتر المذكورة مشتركة بين الخصمين.

قوة الدليل الخطى بالنسبة للغير: يراد بالغير هنا كل من لم يكن موقعا على المحرر ممن تقوم بينهم وبين موقعه خصومة أو يحتمل قيامها.

الأوراق الرسمية: تقدم أن الأوراق الرسمية أربعة أنواع فالأنواع الثلاثة الأولى تعتبر حجة على كل انسان بلا استثناء، أعنى أنه لا يجوز لأحد أن يتخلص من حكم قانون عام أو معاهدة سياسية أو قرار صادر بمطابقة النظامات ولا أن ينكر ما دون من محررات المصالح الادارية وما ثبت فى دفاتر أعمالها المقررة لذلك ولا ألا يخضع لما ثبت فى الأوراق القضائية الا إذا ادعى التزوير فى شئ من ذلك وأثبته. والظاهر أن القانون لاحظ هذه الأنواع الثلاثة فى المادة ١١ من قانون الاثبات ونصها « المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً ». (٧)

(٧) وجاء نص المادة ٨٣ من مشروع قانون الاثبات مطابقا.

وأما النوع الرابع وهو الأوراق المدنية فليس كل ما فيه يعتبر رسميا بل بعضه رسمى لا يجوز الطعن فيه الا بدعوى التزوير وبعضه فى حكم غير الرسمى، وقد ضرب مثلا لبيان ذلك فقال: ذهب زيد وبكر إلى الموثق واعترف زيد بأنه اقترض من بكر ألف جنيه قبضها قبل حضورهما إليه وأنه تعهد بوفاء الدين فى ستة أشهر وأنه رهن له فدانا تأمينا للوفاء وأقر بكر بذلك وحرر الموظف وثيقته بما تصادقا عليه بحضرة شاهدين ووقع الجميع الوثيقة. فالرسمى الذى يثبته المحرر ويعتبر حجة على أى شخص ولا يجوز الطعن فيه الا بدعوى التزوير هو (أ) حضور العاقدين بذاتهما أمامه وكذا الشاهدان (ب) صدور الاعتراف من العاقدين بالاقتراض والاقراض والرهن (جـ) صدور تعهد المقترض بوفاء الدين فى الأجل المسمى (د) كون هذا وقع فى المكان والزمان المبينين فى السند. ذلك ما يثبته المحرر الرسمى. أما كون اقرار الطرفين مطابقا للواقع أولا بمعنى أن المدين اقترض حقيقة أو لم يقترض ورهن أو لم يرهن فتلك مسألة خارجةعن موضوع المحرر بالمرة. ولا يبعد أن يكون الطرفان متواطئين على هضم حق ثالث بهذا العقد الصورى. وللأجنبى الحق المطلق فى اثبات ذلك بجميع الطرق ومنها الشهادة ما دام له مصلحة فى العقد، فالفرق بين الرسمى وغير الرسمى فى المحررات هو أن الغير لا يلتزم اقامة البرهان على عدم صحة الثانية بل يكفيه طلب عدم اعتبارها بالنسبة إليه، وأما الأولى فلا بد له من ابطالها أى اثبات عدم صحة ما قرره المتعاقدان فيها مما لا يدخل تحت ضمان صفة المحرر الرسمية ولكنه غير محتاج فى ذلك لاقامة دعوى التزوير ما دام معترفا بصحة صدور المحرر على يد الموظف المسمى فيه وبحضور من وقعوه معه.

وليلاحظ أن اثبات ما يخالف ظاهرة الورقة الرسمية ممنوع على العاقدين بشهادة الشهود فهى لا تقبل الا اذا وجد مبدأ اثبات بالكتابة أما غير المتعاقدين

ممن يكون له مصلحة فى اسقاط المحرر فلهم الاثبات بجميع الطرق ومنها الشهادة لأنه لم يكن لهم أن يحتاطوا لأمر لا يعلمونه حين وقوعه.

قوة التنفيذ التى لبعض الأوراق الرسمية: لبعض الأوراق الرسمية قوة تنفيذية كالأحكام وهى العقود الرسمية أى المحررة على يد كاتب المحكمة متى وضعت عليها الصيغة التنفيذية، وهذه الصيغة توضع على كل حكم نهائى وعلى أصل كل عقد رسمى محرر أمام كاتب المحكمة والذى يضعها هم كتاب المحكمة .

الأوراق العرفية: المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء (٨) وكذلك تكون حجة فى غير سندات العقود حتى الرسائل العادية الودية (٩) أما بالنسبة لغير ذوى الشأن فيهافالأوراق العرفية لا قيمة لها فى ذاتها لكن اذا أثبت تاريخها من طريق قانونى جاز الاحتجاج بها على الغير (١٠) ويكتسب تاريخ الأوراق العرفية قوة تجعله حجة على الغير باحدى الطرق المبينة بالمادة ١٥ من قانون الإثبات.

الأوراق التجارية: دفاتر التجار حجة لبعضهم على بعض، فما ثبت فى دفتر أحدهم على الآخر يؤخذ به لكنه يشترط فى ذلك أن تكون مستوفية شروط وضعها واستعمالها (١١).

الأوراق الخصوصية: لايحتج بها على الغير مهما كان نوعها أ هـ. ويجب اثبات

---

(٨) مادة ١٤ من قانون الاثبات.

(٩) مادة ١٦ من قانون الاثبات.

(١٠) مادة ١٥ من قانون الاثبات.

(١١) دفاتر التاجر المدين تكون حجة عليه فى كونه مدينا لغيره سواء أكان الدين لتاجر آخر أم كان لغير تاجر. وسواء أكان الدين مدنيا أم تجاريا وسواء أكانت دفاتر التاجر المدين منظمة وفق ما رسمه القانون التجارى أم كانت غير منظمة. وسواء أكانت بخط التاجر نفسه أم بخط كاتبه ولا يصح للدائن الذى يتمسك بهذه الدفاتر أن يجزئ ما فيها من الاقرار «على ما سيأتى فى محله» اذا كانت الدفاتر منظمة أما اذا كانت غير منظمة فرأيان، جواز التجزئة. وعدم الجواز «انظر رسالة الإثبات».

جميع الصلات القانونية التى تربط الناس بعضهم ببعض بالكتابة ولا يقبل من المدعى اثبات ما يدعيه بشهادة الشهود الا فيما استثنى وهو: (أولا) من لم يكن فى مقدوره الحصول على محرر يثبت حقه. ومثاله من وقعت عليه جنحة أو جناية كالسرقة والغصب (ثانيا) من كان بيده سند يثبت حقه وفقد بقوة قاهرة كالحريق والسرقة والغصب (١٢) .

(ثالثا) من كان حقه ضئيلا يستهان بتحرير سند خاص لأجله أو يخشى من صرف مصاريف فى سبيل تحرير السند تزيد على ما يناسب الحق المذكور وقد قرر القانون الحقوق التى يجوز اثباتها بشهادة الشهود وهى لا تزيد قيمتها على (٥٠٠) خمسمائة جنيه وكل حق تزيد قيمته على ٥٠٠ جنيه لا يجوز اثباته بهذه الطريقة الا فى أحوال استثنائية وهى التى تقدم بيانها ثم حالة وجود مبدأ دليل بالكتابة (١٣،١٤) ومبدأ الدليل بالكتابة هو عبارة عن محرر صادر من المتعهد يشتمل على عبارات تجعل دعوى المدعى بالحق قريبة الاحتمال (١٥).ويمنع بعض القوانين الاثبات بشهادة الشهود حتى فى الأحوال الجائزة فيها الشهادة اذا كان أصل العقد ثابتا بالكتابة.

---

(١٢)وأما دفاتر التاجر الدائن غير المنظمة فلا يكون ما فيها حجة له على أحد، وأما المنظمة فيجوز أن تتخذ قرينة يبنى عليها القضاء اذا كان المدين أيضاتاجراوكان الدين ناشئا عن معاملات تجارية. وللمدين أن يقيم الدليل العكسى. فاذا كان للتاجر المدين دفاتر منظمة أيضاقد عارضت دفاتر التاجر الدائن المنظمة نهاتر الدليلان، ووجب على الدائن أن يلتجئ إلى دليل آخر.

وإذا لم يوجد فى دفاتر التاجر المدين ما يعارضها، أو لم يكن له دفاتر منظمة أو امتنع من تقديم دفاتره وكان الدين تجاريا فانه يجوز أن يحتج بما فيها على التاجر المدين فى ديون التجارة.

وأما اذا كان المدين غير تاجر أو كان تاجرا والدين مدنى فلا يجوز أن يحتج بما فى دفاتر التاجر الدائن على المدين ولو كان الدفتر منظما، رجوعا إلى القواعد العامة.

(١٣) مادة ٦٣ ب من قانون الاثبات.

(١٤، ١٥) مادة ٦٢ من قانون الاثبات.

وكذلك لا تقبل شهادة الشهود على مبلغ أقل من خمسمائة جنيه كان هذا المبلغ باقيا من مـبلغ أصلى يزيد على خمسمائة جنيـه كان يجب على الدائن أن يبقى سند الدين الأصلى عنده حتى يكون له حجة على المدين عند التنازع. (١٦)

---

(١٦) مادة ٦١ من قانون الاثبات.



الباب الثانى

الشهادة

تعريف الشهادة

حجية الشهادة

تحمل الشهادة

أداء الشهادة والامتناع عن أدائها

شروط أداء الشهادة

شروط الشاهد العامة والخاصة

مراتب الشهادة أو نصابها

موافقة الشهادة للدعوى والشهادة

التركية وتعديل الشهود وجرحهم

الشهادة على الشهادة

الرجوع عن الشهادة

شهادة الحسبة

الشهادة فى اللائحة الشرعية

القوانين المصرية

- القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠
- مشروع قانون محاكم الاسرة

آية المداينة وتفسيرها



الفصل الأول

تعريف الشهادة

الفرع الأول

تعريف الشهادة في اللغة

تطلق الشهادة فى اللغة بالاشتراك على معان كثيرة:

(منها) الحضور، تقول: شهد فلان مجلسنا أى حضره

و(منها) الاطلاع على الشيء، ومعاينته تقول: شهدت كذا أى اطلعت عليه وعاينته

و(منها) إدراك الشيء، تقول: شهدت صلاة الجمعة أى أدركتها

و(منها) الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، تقول: شهد فلان على كذا أى أخبر به خبراً قاطعاً

و(منها) الحلف، تقول: أشهد بالله، أى أحلف به.

والفعل من باب علم وجمع الشاهد، شهد كراكب وركب، وصاحب وشهود وأشهاد، ويقال شهيد وجمعه شهداء، قال تعالى: «ولا يضار كاتب ولاشهيد».

وتقول: أشهد فلاناً على كذا، أى جعله شاهداً عليه. واستشهده، سأله أى يشهد، واستشهد به استعان به فى أمر الشهادة، وشاهده أدركه بإحدى حواسه الظاهرة. وتطلق المشاهدة أيضاً على الإدراك بالحواس الباطنة.

الفرع الثانى

تعريف الشهادة شرعاً

قيل فى تعريفها:

الشهادة هى إخبـار عن مشاهدة وعيان، لا عن تخمين وحسـبان، واعترض على هذا التعريف بأنه لا يتناول الشهادة بالتسـامع، فإنها ليست عن مشاهدة، وأجيب بأن جواز الشـهادة بالتسامع إنما جـاء من طريق الاستحسـان، لأن الحاجة الشديدة داعـية إليه، والتعريفات الشرعية إنما تكون على وفق القياس لأنه الأصل.(١).

وقيل أيضـاً:

إنها إخبار الإنسان بحق لغيره على غـيره، كما أن الإقرار هو إخبار الإنسان بحق على نفسه لغيره، والدعوى هى إِخبار الإنسان بحق لنفسه على غيره.

وأُورد على هذا التعريف أنه غير جامع لعدم شموله بعض الصور كالشهادة بما يوجب الفرقـة من قبل الزوجـة قبل الدخـول، فإنه شهـادة مقـبولة، ولم يوجـد فيهـا ذلك المعنى، وأجيب بأن ما سقط بالشـهادة وهو وجوب المهر على الزوج الذى كانت ذمتـه مشغولة به من وقت العقد الصحـيح، هو حق له على زوجته بسبب ما فعلت. ونـظيره الشهادة بإبراء الدائن مدينه مما عليـه له من الدين، فإنه ثبت به حق للمدين على الدائن وهو سـقوط الدين عنه. فالحق أعم من أن يكون وجودياً أو عدمياً.

وقـــيل:

الشهادة هى إخبار صدق لإثبات حق، بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى، ولو بلا دعوى.

فقـولنا: (أخبـار) جنسٌ يشمل الإِخْبـارات كلها. وقـولنا: (صدق) فـصل خرجت به الأخبـار الكاذبة، وأمـا إطلاق الشهـادة على قول الزور فى مـجلس القضـاء فهـو إطلاق مجـازى من حيث المشـابهة الصـورية. وقولنا: (لإثبـات حقٍ) قيـد لبيان الغـرض من هذا

---

(١) ــ مادة ٣٥ من مشروع قانون الاثبـات فى المواد المدنية والتـجارية الشهـادة هى الاخبار بحق أحـد فى ذمة الآخر فى مجلس القاضى ومواجهة الخصمين.

الإخبار، فخرج به الإخبار الذى سيق لغرض آخر، والحق هنا يشمل الوجودى، والعدمى. وقولنا: بلفظ شهادة) قيد آخر لإخراج الأخبار بأى لفظ غير هذا كأعلم وأتيقن، فلا يصح أداء الشهادة به، وانظر ما سيأتى بخصوص هذا. وقولنا: (فى مجلس القاضى) قيد ثالث لإخراج الإخبار فى غير مجلس القاضى فإنه لا يعتبر شهادة شرعاً. وقولنا: (ولو بلا دعوى) لإدخال دعوى الحسبة فإنه لا يشترط فيها تقدم الدعوى، ولا موافقة الشهادة للدعوى، كما سيأتى وذلك كالشهادة على الطلاق والشهادة على أصل الوقف.

ومعنى الحسبة، الأجر والثواب، وهى اسم من الاحتساب، وتقول: احتسب عند الله خيراً، أى قدمه فيما يدخر له يوم القيامة. وجمعها حسب. فشاهد الحسبة يقصد بشهادته الأجر وامتثال أمر الله تعالى فى إزالة المنكر، وذلك من أكد الفروض علينا.(٢).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

ـ الشهادة فى اصطلاح الفقهاء ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ هى إخبار «صادق» فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير ولو بلا دعوى، وبالقيد الأول يخرج عن نطاقها الإخبار الكاذب، ولازم هذا أن تكون لقاضى الدعوى سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها وسبيله إلى ذلك أنه إذا قدم أحد الخصوم بينة لإثبات واقعة كان للخصم الآخر الحق دائماً فى إثبات عدم صحة هذه الواقعة وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وإجماع الفقهاء على أن القاضى لا يقف مع ظواهر البينات ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر.(٣).

---

(٢) ـ رأيت تجميع كل ما يتعلق بشهادة الحسبة ودعوى الحسبة والحقوق التى ترفع بشأنها وإجراءاتها على ما سيأتى إن شاء الله فى الفصل الثانى عشر.

(٣) ـ الطعن رقم ٤٣ لسنة ٣٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٣/ ٣/ ١٩٦٦ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص ٦٦٦ ،

الطعن رقم ١١ لسنة ٣٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٣/ ٥/ ٦٨،

الطعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ «أحوال شخصية» جلسة ٥/ ٦/ ١٩٧٤،

الطعنان رقما ٣٩، ٤٥ سنة ٤٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١١/ ٦/ ١٩٧٨.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٩ - ٦٧٠ قاعدة ١٨٦٩ - ١٨٧١ ، ص ٦٧٤ قاعدة ٨ ١٨٨، ص ٦٧٩ قاعدة ١٩٠٣.



الفصل الثانى

حجية الشهادة

قال فى المبسوط ما ملخصه: القياس يأبى كون الشهادة حجة فى الأحكام لأنها خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة. ولكنا تركنا ذلك بالنصوص قال تعالى: «واستشهدوا شهيدين من رجالكم» وقال تعالى: «فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» وقال (صلى الله عليه وسلم): «شاهداك أو يمينه» وقال: «البينة على المدعى» ولأن حاجة الناس داعية إلى ذلك لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم فى كل خصومة، والتكليف إنما يكون بحسب الوسع، ونظيره القياس فى الأحكام بغالب الرأى فى موضع الاجتهاد، ثم القياس بعد هذا أن يكتفى بشهادة الواحد لأن رجحان جانب الصدق يظهر فى خبر الواحد العدل موجباً للعمل فى رواية الحديث، وكما لا يثبت القطع بخبر الواحد كذلك لا يثبت بخبر الاثنين ولا بخبر الأربعة، بل يثبت بالعدد البالغ حد التواتر. وإذاً لا معنى لاشتراط رجلين أو رجل وامرأتين لعدم الفائدة، لكن تركنا ذلك بالنصوص المبينة للعدد من الكتاب والسنة(١). وحاشا أن يكون التقدير فى النصوص خالياً من الفائدة، فإن فيه معنى طمأنينة القلب، وذلك عند إخبار العدد منه فى خبر الواحد. ثم فى العدد معنى التوكيد إذ التزوير والتلبيس فى الخصومات يقع بكثرة فيشترط العدد فى الشهادات صيانة للحقوق من الضياع.

أقول: إن ما قاله الإمام السرخسى هنا من فائدة العدد فى الشهادة لاحظه الإمام الأوزاعى فى دعوى الرجلين عيناً فى يد ثالث فإنه يرى القضاء لمن كان شهوده أكثر عدداً محتجاً بأن طمأنينة القلب الحاصلة بشهادة ثلاثة «مثلاً» أقوى من الحاصلة بشهادة اثنين وقد رجح مالك أعدل البينتين لهذا المعنى. وأما أصحابنا فلا يرجحون

---

(١) ـ أنظر ما سيأتى عند الكلام فى مراتب الشهادة ففيه بحث واف جداً يتعلق بهذا الموضوع.. وليعلم أن البينة فى عرف الفقهاء ترادف الشهادة وقد جاراهم القانون فى هذا، فى مصر وفى بلاد الدولة العثمانية، لكن البينة فى لسان الشرع أعم من الشهادة راجع ما سبق وما سيأتى نعد الكلام فى مراتب الشهادة.

لا بكثرة العدد ولا بقوة العدالة، بل الكل سـواء وذلك لاستواء الجميع فى أصل العدالة. ولوجوب العـمل بكل شهادة منها ما أمكن لأنهـا فى ذاتها علة كاملة «انظر دعـوى الرجلين عيـنا ملكاً مطلقـاً، وانظر مبـحث التـرجيح بكـثرة الأدلة فى كـتب الأصول ومـا ادعوه هناك من أنه لا يرجح بكثـرة الشهود إجـماعاً مع ثبـوت خلاف الأوزاعى المتقدم، ثم قارن كل هذا بما قدمناه عن صاحب المبسوط».

وحكمة مشروعية الشهادة، صيانة الحـقوق وردها إلى أصحابها إذا اعتُدى عليها وتمكين القضاء من توقيع العقوبة على من يستحقها.

الفصل الثالث

تحمل الشهادة

مقدمة

قيل فى تأويل قوله تعالى: «ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا» أنه يحتمل أن يكون المراد النهى عن الإباء عن التحمل إذا دعى إليه، ويكون اسم الشهداء مجازاً فيمن سينصف بالشهادة، فيكون النهى لكراهة الإباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الأولى، لأن التحمل لما فيه من إعانة الإنسان على حفظ حقه أولى أهـ

وسياق الآية لا يأبى هذا التأويل وهو قرينة المجاز.

ويحتمل أن يكون نهى من تحملوا الشهادة عن الإباء عن أدائها إذا دُعوا إلى الأداء. قال فى الفتح: وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ.(1).

(1) ــ أنظر التبصرة ابن فرحون جزء أول ص ١٦٥ كتابنا حقوق المرأة فى الشريعة الاسلامية هامش ص ٣٤.

الفــرع الأول

شرائط تحمل الشهادة

شروط التحمل ثلاثة: العقل والبصر ومعاينة المشهود عليه فيما لا تقبل فيه الشهادة بالتسامع:

أما اشتراط العقل فلأن ضبط المشهود عليه لا يتأتى إلا به، ولذا لو تحمل وهو مجنون أو صبى غير مميز لا يعتبر تحمله، أما لو كان وقت التحمل صبياً مميزاً فتحمله صحيح لأن الضبط يحصل بالتمييز ولو قبل البلوغ، ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الأداء.

وأما اشتراط البصر فلأن التمييز بين الأشياء والأشخاص إنما يكون به إذ النغمة تشبه النغمة، فيجوز أن يخدع ويغش. وأما معاينة المشهود به فلأن هذا هو الأصل فى الشهادة.

وإنما استثنى ما استثنى للضرورة كما جازت الشهادة على الشهادة لذلك على أن جواز الشهادة من أصلها للضرورة كما تقدم فكان ضرورة بعد ضرورة كما قضت بذلك رعاية المصالح بقدر المستطاع.

حاصل ما قالوه فى شهادة الأعمى: إما أن تكون فى الحدود والقصاص أو لا، فإن كان الأول فهى غير مقبولة بالاتفاق لما فيها من الشبهة. وإن كانت فى غير الحدود والقصاص، فإما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت أو لا، فإن كان الأول قبلت عند زفر، وهى رواية عن أبى حنيفة وقولٌ لمالك والشافعى وأحمد، ووجهه أن الحاجة فيه إلى السماع ليس غير ولا خلل فى السماع بالنسبة للأعمى، ورد على ذلك بأن النغمة تشبه النغمة فربما يخدع أو يغش. وإن كانت فيما لا يجرى فيه التسامع وكان بصيراً وقت التحمل فعلى قول أبى يوسف والشافعى: يصح الأداء منه وهو أعمى لحصول العلم بالمعاينة وقت التحمل، وقال الطرفان وهو المفتى به: لا تقبل شهادته لجواز أن يتصنع المدعى عليه (مثلاً) صوت المدعى ونغمته فيلقن الشاهد الأعمى ما يضر بالمدعى. وكذا لو عمى بعد الأداء وقبل القضاء فإنه لا يقضى

القاضى بشهادته على المفتى به، وذلك لأن أهلية الشهادة يشترط قيامها وقت القضاء لصيرورتها حجة عند القضاء، وقد بطلت أهلية الشاهد بسبب عماه فلم تبق حجة، كما إذا خرس أو جن أو فسق بعد الأداء وقبل القضاء، وهذا بخلاف ما إذا مات الشهود أو غابوا لأن الأهلية قد انتهت بالموت والشىء يتقرر بانتهائه، وبالغيبة ما بطلت الأهلية. هذا وقد قال فى العناية: لو قبل القاضى شهادة الأعمى وحكم بها يصح لأن ذلك مجتهد فيه حيث قال مالك: تقبل شهادته مطلقاً كالبصير أهـ.

وأقول محل هذا إذا لم يكن القاضى مقلداً مقيداً كقضاة زماننا.

ومما تقدم تعلم أنه لا يشترط للتحمل البلوغ ولا الحرية ولا العدالة، فلو كان وقت التحمل صبياً مميزاً أو عبداً أو فاسقاً ثم بلغ الصبى وعُتقَ العبد وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى بما تحملوه وهم على صفاتهم الأولى، قُبِلت شهاداتهم شرعاً، وهنا كلام ستعرفه فيما سيأتى.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

ــ بلوغ الشاهد.. شرط للإدلاء بالشهادة وليس شرطاً للتحمل كفاية أن يكون الصبى مميزاً.(١).

ــ ليس من شأن القاضى أن يلفت نظر الشاهد لاستكمال شروط تحمل الشهادة.(٢).

---

(١) ــ الطعن رقم ٣٥ سنة ٣٤ ق أحوال شخصية جلسة ٧/ ١/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٥٧.

(٢) ــ الطعن رقم ٦ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية ص ١٥/ ١١/ ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ١٦٨٨.

الفــرع الثــانى
الأسباب المطلقة للشهادة .. أى المجوزة لها

هى ثلاثة: معاينة اليد، ومعاينة السبب، والتسامع.. ويعبر عن الأخير بالسماع أيضاً فى بعض الكتب الفقهية.

المبحـــث الأول
معاينة اليد

من كان فى يده شىء وسعك أن تشهد أنه له. وصورة ذلك أن ترى عيناً فى يد إنسان ثم تراها فى يد غيره والأول يدعى عليه الملك وسعك أن تشهد للخارج المدعى، وذلك لأن اليد أقصى ما يستعمل به على المالك عند عدم المنازعة، وليس وراء اليد دليل أقوى منها، إذ هى فى الحقيقة مرجع الدلالة ومبدؤها، فإن الذى يعاين الشراء وغيره من الأسباب الكاسبة للملك شرعاً لا يعلم ملك المالك فيها إلا بمعاينة اليد أو بسبب ينتهى فى المآل حتماً إلى اليد، فاليد إذاً هى المستند الأخير فى الدلالة على الملك بلا منازع.

وعن أبى يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه للمدعى لأن الأصل فى الشهادة اليقين، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد به القلب. قالوا: يحتمل أن يكون قول أبى يوسف هذا تفسيراً لإطلاق محمد فى الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق ويؤيد هذا أنهم قالوا: لو رأى إنسان دُرَّة ثمينة فى يد كناس، أو كتاباً فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له، فعُرِف أن مجرد اليد لا يكفى.

وقال الشافعى: دليل الملك اليد مع التصرف الدال عليه. وبه قال الخصاف، وهو قول مالك كما فى الفتح. ووجهه أن اليد تتنوع إلى ملك ونيابة وضمان، فلا تحل الشهادة على الملك بمجرد اليد مع هذا الاحتمال، قلنا: وكذا التصرف يتنوع إلى أصالة ونيابة، فلم يزل الاحتمال.

ونقل فى التبيين عن النسفى أنه يشترط مع معاينة اليد التصرف وأن يقع فى قلبه أنه للمشهود له، وذلك لأن الأصل فى الشهادة الإحاطة والتيقن فوجب المصير إليه ما أمكن. ثم قال: وجوابه أن العلم القطعى متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو

اليد لأن الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وإن رآه يشتريه لاحتمال أن البائع لا يملكه فيكتفى بظاهر اليد تيسيراً، إذ الأصل أن تكون الأملاك فى يد ملاكها وكينونتها فى يد غير المالك أمر عارض، فرجحنا بالأصل، ولذا يقضى له القاضى باليد قضاء ترك أ.هـ.

قال فى التبيين: المسألة على أربعة أقسام: (أحدها) أن يعاين المالك والملك، بأن عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه، وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة أحد ثم رآه فى يد غيره بعد ذلك جاز له أن يشهد للأول بالملك إذا ادعاه بناء على يده وإن كان هذا لا يفيد العلم القطعى إذ الوصول إليه هنا فى حكم المتعذر فيكفى بالظن الغالب لأجل الضرورة منعاً لازعاج الملاك وأملاكهم. (الثانى) أن يعاين الملك دون المالك بأن يعاين ملكاً بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلانى وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى نسب إليه الملك وادعى أن المحدود ملكه على شخص فى يده ذلك المحدود حل له أن يشهد استحساناً لأن النسب يثبت بالتسامع، فصار المالك معلوماً بالتسامع والملك بالمعاينة، ولو لم يسمع مثل هذا لضاعت حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلاً ولا يتصور أن يراه متصرفاً فيه. أليس هذا إثبات الملك بالتسامع وإنما هو إثبات النسب بالتسامع، وفى ضمنه إثبات الملك به، وهو لا يمتنع وإنما يمتنع إثباته قصداً. (الثالث) ألا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس أنهم قالوا: لفلان بن فلان ضيعة فى قرية كذا حدودها كذا، وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها، لا يحل له أن يشهد بالملك. (الرابع) أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها، لا يسعه أن يشهد لأنه لم يحصل له على العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة. أهـ.

هذا الذى تقدم فى غير الرقيق من عبد أو أَمَة. أما فى الرقيق، فجملة القول فيه أنه إذا عاين الإنسان عبداً أو أمة فى يد شخص، فإذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء أكانا صغيرين أم كبيرين وإن كان لا يعرف رقهما، فإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما، فكذلك لأنه لا يد لهما على أنفسهما، أما إذا كانا مميزين أو بالغين فلا يسعه أن يشهد بالملك لاحتمال أنهما حُرَّان استؤجرا للخدمة «انظر الهداية والفتح» لكن نُقل فى التبيين عن الكافى أن أبا يوسف ومحمداً فى رواية عنهما يجوزان الشهادة فى الرَّقيق بمعاينة اليد مطلقا.

أقول: لا يخفى بعد معرفة ما تقدم قوة ما قاله النسفى، فيجب الأخذ به أو على الأقل يضم إلى معاينة اليد طمأنينة القلب.

المبحث الثانى
معـــاينة الســـبب

إذا سمع الإنسان ما كـان من المسموعات كحكم الحاكـم وكالبيع والإقرار ورأى الحاكم والمقر ومباشـر العقد وقت السماع، أو أبصر ما كان من المـبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد بما سمع وبما أبصر(١) وإن لم يشهد على شىء من ذلك وقت حصول القول أو الفعل(٢) فيقول أشهد أنه باع أو أقر أو حكم بكذا أو غصب كذا أو قـتل إلخ....... ولا حاجـة به إلى أن يقـول أشهـدنى فـلان أن أشهـد بكذا لأن هذا خاص بالشهادة على الشهادة كما سيأتى فى موضعه. ولابد من رؤية الشاهد المشهود عليــه وبه وله حـتى تكون الـشـهـادة عن علم، فــمن سـمع صـوت امــرأة ولم ير شخـصهـا(٣). فشـهد عنده شـاهدان أنها فـلانة لا يحل له أن يشهـد عليهـا. ويصح التـعـريف ولو من زوجهـا وابنهـا وكل من لا يصح أن يكـون شاهدا لهـا (على مـا سيأتى) سواء أكانت الشهادة لها أم عليها. وقد نصوا على أنه يجوز لكل من الشاهد والقاضى أن ينظر إلى وجه المرأة لأجل الشهادة والقضاء عليها أو لها.

قال فـى معيـن الحكام ما ملخـصه: إذا كـان لرجل على آخر حق وهو يقـر به فى السـر ولكنه يجحـده أمـام الناس، وقد عـجز صـاحب الحق عن الوصـول إلى حقـه فاحتـال بأن أدخل قوما من العدول فى بيته ثم استحضـر من عليه الحق وهو لا يعلم بوجودهم فأقـر سرا ثم خرج وقد سمـعه الشهود حل لهم أن يشـهدوا لأن العلم قد حصل لهم. وقيل لا يحل لأن فيه تدليسا وتغريرا ولكن إنما يجوز إذا كان الشهود يرون وجه المشهود عليـه ويعرفونه، وإن كان لا يرون وجهه ولكـــن يسمـعون كلامه لا يحل لهم أن يشهدوا. فإن شـــهدوا وفسروا للقاضى شهادتهم لم تقبل إلا إذا أحاطوا علماً به

(١) ــ وكذا سائر ما تدركه الحواس الأخرى.

(٢) ــ ولكن صاحب الحق دعاه إلى أداء الشهادة بعد أن علم له شهادة عنده.

(٣) ــ كالشهادة على التـوكيل بالزواج تقف المخطوبة خلف باب أو ستار وتسمع شاهـداً التوكيل بأنها وكلت أباها «مثلاً» فى تزويجها من فلان.. الخ.

بأن رأوه دخل بيتاً وعلموا أنه ليس فى البيت غيره وليس لهذا البيت مسلك آخر، وسمعوا إقراره بحيث لا يشتبه عليهم حاله، تحل لهم الشهادة ثم قال: ينبغى للشاهد أن يرفع نفسه عن أن يختبىء ليشهد فإن هذا مما لم يندب إليه، ولا هو فرض عليه فإن فعل فقد فعل مالا يليق بالفضلاء ولا يختاره العقلاء أهـ. وانظر التبيين ففيه ما يوافق هذا. وكذلك التبصرة عند الكلام فى شهادة الاستغفال.

ومما يلتحق بهذا أن الشاهد إذا رأى خطة فى صك(٤). ولم يتذكر الحادثة لا يحل له أن يشهد لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم المجوز للشهادة. فلابد من أن يتذكر الشاهد شهادته التى صدرت عنه حتى تحل له الشهادة ولا يكتفى بأن الخط خطه لجواز التزوير. هكذا قال القدورى ولم يذكر خلافا فى المسألة لا هو ولا الأقطع فى شرحه عليه، وكذا الخصاف فى أدب القاضى لم يحك فى المسألة خلافا، وأما الفقيه أبوالليث وشمس الأئمة السرخسى فقد حكيا فى المسألة خلافاً. ولذا قال صاحب الهداية: قيل هذا على قول أبى حنيفة: وعندهما يحل له أن يشهد، وقيل بالاتفاق إ ذا كانت الشهادة مكتوبة فى صك غير محفوظ فى ديوان القاضى فلا تحل له الشهادة إذا لم يتذكر. وإنما الخلاف فيما إذا رأى القاضى فى ديوانه شهادة شهود أديت عنده لم يتصل بها حكم، ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضى، والقاضى لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز أن يحكم له عند أبى حنيفة للعلة المذكورة وبه قال الشافعى. وأما عند أبى يوسف ومحمد وبه قال مالك فإنه يجوز للقاضى أن يقضى به إ ذا وجده فى قمطره تحت خاتمه لبعد ذلك من مظنة التزوير، وأما إذا كانت الشهادة فى صك فى يد المدعى والشاهد ينكرها ويعترف بالخط فليس للقاضى أن يحكم بهذه الشهادة لإمكان التزوير بل لرجحانه بإنكار الشاهد الشهادة أهـ وهذا تفصيل حسن. أنظر فتح القدير والتبصرة.

(٤) ـــ أنظر التبصرة «ابن فرحون» جزء أول ٣٠١، ص ٣٠٢ والخلاصة التى فى آخرها.

المبحث الثالث
الشـــهادة بالتســـامع

الأصل أنه لا يجوز للشاهـد أن يشهد بشيء لم يعاينه أى لم يقطع به من جـهة المعاينة أو السمـاع بنفسه من المشهـود عليه لما رواه الحاكم والبـيهقى عن ابن عـباس ــ رضى الله عنهمـاــ أن رجـلاً سـأل النبى (صلى الله عليـه وسلم) عن الشـهـادة فقـال له: «هل ترى الشمس؟ قـال نعم. قال على مـثلها فاشـهد أو دع». وفى رواية: إذا علمت مـثل الشمس فاشهد. فأمر بالشـهادة عند العلم يقيناً، ولأن الشهادة مشتقة من المشـاهدة غير أنهم استثنوا من ذلك الشهادة بالنسب. (١). والموت والنكاح (٢). والدخول وولاية القاضى (٣). فيسع الشاهد أن يشهـد بهذه الأشياء إذا أخبـره بها من يثق به، وهذا استحسـان، ووجهه أن هذه أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس وتتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيـها الشهادة بالتسامع أدى ذلك إلى الحرج وتعـطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعاً.

والعادة أن هذه الأسباب يقتـرن بها ما تشتهر به، فإن النسب يشتهـر بالتهنئة ونسبة كل واحد إلـى الآخر عند المخـاطبات والمناداة. والموت بالتـعزية وقـسمـة التركـات واندراس الآثار. والنكاح بالشـهود والولائم. والدخـول بتـعلق أحكام مشـهورة من المهـر والنسب والعدة. والقضـاء بقراءة المنشور واختلاف الخـصوم إليه وازدحامهم عليـه. فنزلت الشهرة فى كل واحد من هذه الخمسة منزلة العيان (انظر التبيين ومعين الحكام).

لا يقال هذا استحـسان مخالف للنص، لأنا لا نجوز للشاهد أن يشـهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمر متواتراً أو مشتهراً أو يخبره به رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول . وبهذا يحـصل له نوع علم فلا مخالفـة إذاً للنص. هكذا قالوا وفى بعضـه نظر ظاهر. وأما الأشياء التى يعاينها كل واحد بغير حرج كالبيع والإقرار والغصب فلا تحل الشهادة بها إلا عن معاينة الشاهد بنفسه إذ ليس فيها ضرورة تلجىء إلى الشهادة بالتسامع .

وقد زيد على المسائل الخمس المذكورة آنفاً مسائل أخرى أوصلها فى التنوير والدر إلى خمس أيضـاً فتصـير الجمـلة عشر مـسائل. وتلك الخمس هى: أصـل الوقف، وشرائطه،

---

(١) لا تسمع الشهادة علي الإقرار بالنسب بعد موت المورث م ٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) لا تسمع الآن الشهادة علي النكاح إطلاقاً م ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

(٣) ولاية القاضي تثبت بالرسميات عندنا الآن.

والعتق، والولاء، والمهر.

وقال أبو حنيفة: لا تجوز الشهادة بالتسامع ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر.

وإذا كانت الشهرة عندهما تحصل بخبر عدلين اشترط أن يكون إخبارهما بلفظ الشهادة لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر المجرد من الشهادة. ونقل فى معين الحكام أن محمداً نص فى مبسوطه على أن ذلك مقيد بما شهدا عنده بدون استشهاد من يقول: أنا فلان ابن فلان الفلانى (مثلاً)، حتى إذا لقى رجلين عدلين شهدا عنده على النسب من غير استشهاد وعرفا حاله وسعه أن يشهد، وإن أقام المدعى شاهدين عنده ليشهدوا على نسبه لم يسعه أن يشهد أهـ. وقيل يكتفى فى الموت بإخبار واحد عدل أو واحدة كذلك وهذا هو المختار، وعللوه بأنه قلما يشاهد حال الانسان عند الموت إلا واحد لأن الناس تهابه وتكره رؤيته فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج. وإذا كفى الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق. قال فى معين الحكام ما نصه: وفى الموت مسألة عجيبة، وهى أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحد، ولو شهد عند القاضى لا يقضى بشهادته وحده ما يصنع؟. قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته، فيشهد مع ذلك الشاهد فيقضى بشهادتهما أهـ. نقلاً عن الخلاصة. ومثله فى التبيين وكذا فى حاشيته نقلاً عن الكمال. وهاك بعض فروع تتعلق بالموت نقلاً عن الفتح ومثلها فى معين الحكام والتبيين: (أ) لو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ المرأة بشهادة الموت لأنها تثبت العارض. (ب) لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته. إن كان المخبر بالموت عدلاً ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وبوسعها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها. إلا إذا أرخا، وتاريخ شاهدى الحياة بعد تاريخ شاهد الموت، فشهادة شاهدى الحياة أولى، والقتل كالموت. (جـ) رجل قال لامرأة: سمعت أن زوجك قد مات، كان لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلاً. فإن تزوجت ثم أخبرها جماعة أنه حى، إن صدقت الأول يصح النكاح.. (د) وكذا إذا أخبرها العدل أن زوجها طلقها ووقع فى قلبها صدقه، فإن لها أن تعقد وتتزوج أهـ. قارن هذا بما فى تبصرة ابن فرحون ص ١٨٩ جزء أول، فهو يخالفه.

أقول: فى فتح هذا الباب خطر عظيم لا يخفى فيجب على القاضى ألا يتسرع، بل يتثبت حتى تطمئن نفسه إلى ما يلقى إليه من ذلك. كذلك يجب على المرأة ألا تعمل بقول المخبر، ولو كان عدلاً ـ على ما قالوا ـ بل ترفع الأمر إلى القاضى وإلا كان الحال فوضى وأن عجيباً من الفقهاء أن يركنوا فى بعض أحكامهم إلى نظريات يكون فى بناء القضاء عليها فتح من باب من الشر عظيم، وإن كان منطقها ظاهره مغرياً بالأخذ بها.

أما أصل الوقـف فالصحـيح أن تقبل الشـهادة عليـه بالتسامع وهو قـول محـمد واختيار السرخسى والفقيه أبى الليث. وقال بعض المشايخ: لا تحل الشهادة بالتسامع فى الوقف مطلقاً لا فى أصله ولا فى شروطه، وذلك لأن الوقف قول يقصد الإشهاد عليه والحكم به فى الابتداء، فكان فى ذلك كالبيع ونـحوه. ووجه القول الصحيح أن الوقف وإن كان كما ذكر لكنه على توالى العصور تبـيد الشهود والأوراق مع اشتهار وقفـه فلو لم تجز الشـهادة فيـه بالتسامح يصـير سائبـة أو يعرض للضـياع (٤) والمراد بأصل الوقف فى هذا المقـام كل ما تعلق به صحـته وتوقف عليه تحـققه شـرعا مما هو مذكور فى شروط صحته فى الواقف والشئ الموقوف والجهة الموقوفة عليها والصيغة، وما عدا ذلك فهـو من شرائطه كذكر الجهات من إمـام ومؤذن وخطيب ومدرس الخ وكيـفية الصـرف والولاية عليه إلى آخر مـا يذكره الواقفـون فى شروطهم. وهذا هو المراد بقـول الحمـوى فى حاشـيتـه على الأشبـاه: أصل الوقف ما تعلقت بـه صحـته وتوقفت عليه، وأما مالا تتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط آهـ.

أقول يؤخذ من هذا التـعليل أن العين المشهود على أنها وقف بالتـسامع أن كانت فى يد من يدعى ملكيتها فلا تقبل فيها الشـهادة بالتسامع وإنما تقبل الشهادة بالتسامع إذا لم تكن كذلك للـعلة المذكورة. وقد نقل هذا الرافـعى رحمه اللـه فى تقريره على رد المحتار ومما نقله أن الملك الشرعى لا ينزع من يد المالك إلا بالـشهادة على تسجيل الوقف لا بالتـسامع قـال ويؤيده مـا نقله فى الهندية من أن أبا بكر سـئل عن صدقـة موقوفـة استولى عليها ظالم وأنكر الوقف هل يجب على أهل القـرية أن يشهدوا أنه للفقراء. فـأجاب بقوله: من سمع من الواقف فله أن يشهد. وإن لم يسـمع فلا يجوز أهـ. ثم قال إن مـسألة الشهادة بالتـسامع فى الوقف أصلا وشـرطا لم تذكر فى ظاهر الرواية. وإنما قاسهـا المشايخ على الموت كما فى الخلاصـة فليتنبه الفقيـه لهذه الفائدة ولا يغتر بما شاع فى أعصارنا من الشهادة بالتسامع تثبت الوقفية وتوجب الانتزاع ممن يدعى الملكية. وليس كذلك لأنه لا سائبة. مع استـيلاء اليد عليه أهـ ملخصا منه نقلا عن السندى.

وكيفية الشهادة على أصل الوقف أن يشهدوا أن فلانا وقفه على الفقراء أو القراء

(٤) المادة ٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. وبها خرج الوقف وكل ما يتعلق به من الثبوت بالشهادة.

أو على مسجد كذا أو على أولاده الخ من غير أن يتعرضوا لذكر أنه شرط فى وقفه كذا وكذا. غير أنه إذا كان الوقف قديما قبلت الشهادة فيه من غير بيان الواقف وهذا عند أبى يوسف وعليه الفتوى.

وأما شرائط الوقف ففى قبول الشهادة عليها بالتسامع قولان مصححان، ففى الهداية والفصول العمادية لا تقبل لأنها لا تشتهر كأصل الوقف، وفى المجتبى تقبل واعتمده فى المعراج وأقره الشرنبلالى وعزاه إلى العلامة قاسم وقواه فى الفتح بقوله: وأنت إذا عرفت قولهم فى الأوقاف التى انقطع ثبوتها ولم يعرف لها مصارف وشرائط انه يسلك بها ما كانت عليه فى دواوين القضاة- إذا عرفت هذا لم تتوقف عن تحسين ما فى المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع أ هـ أى لأن الشهادة بالتسامع هى العمل بما لم يعاينه، والعمل فى دواوين القضاة عمل بما لم يعاين أصله.

وأما العتق والولاء فقد قال السرخسى أن الشهادة فى العتق بالسماع لا تقبل بالإجماع، لكن قال شيخه الحلوانى أن الخلاف ثابت فيه. فعن أبى يوسف الجواز إذا كان مشهورا والمعتمد عدم القبول. ومثل العتق الولاء لأن القائل بجواز الشهادة بالتسامع فيه هو أبويوسف فى قوله الأخير، ولكنه لم يصحح، فالمختار عدم قبول الشهادة بالتسامع فى كل من العتق والولاء.

وأما المهر فأصح الروايتين قبول الشهادة فيه بالتسامح لأنه من توابع النكاح فكان كأصله.

فالحاصل أن الشهادة بالتسامع تقبل فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى إجماعا، وفى أصل الوقف على الصحيح، وفى المهر على الأصح، وفى شرائط الوقف على أحد القولين المصححين، وفى العتق والولاء على قول مرجوح(٥).

---

(٥) هذا خلاصة ما قاله فقهاء المذهب الحنفى، أما الآن على ما فى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فلا يجوز اثبات النكاح بالشهادة أصلا فضلا عن اثباته بشهادة مبنية على التسامع وكذلك أصل الوقف، وولاية القاضى لا حاجة بها إلى الشهادة والمهر تابع للنكاح وقد يثبت بالشهادة فى بعض الصور. وعلى هذا لم يبق مما تقبل فيه الشهادة المبنية على التسامع إلا القليل.

كيفية الشهادة بالتسامع :

ينبغي أن يطلق أداء الشهادة فيقول في النسب أشهد أن فلانا أبن فلان كما يشهد أن عليا إبن أبي طالب ويقول في النكاح أشهد أن فلانة زوجة فلان كما يشهد أن عائشة رضى الله عنها زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويقول في الموت أشهد أن فلانا مات وهكذا. فإذا فسر للقاضي فقال أنه يشهد بناء على ما سمعه لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة فإذا فسر بأن قال أشهد بأنه ملكة لأني رأيته في يده لا تقبل. وعلل ذلك في التبيين بقوله لأن التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة بالملك، والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليها. أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يزيده ذلك علما فلا يجوز له أن يحكم كما لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد إنسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره. وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب، فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به إلا أننا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها لضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس أ هـ. وعلله في حاشية العناية بأن اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره أ هـ. ونقل في الفتح عن الفوائد الظهيرية أنهما لو شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل، قال وقال صاحب العمدة لو قالا أخبرنا بذلك من يثق به تقبل وجعله الأصح واختاره الخصاف. قال وفي فصول الاستروشني: لو شهدا على النكاح فسألهما القاضي هل كنتما حاضرين؟ فقالا: لا. تقبل شهادتهما لأنه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كأنهما قالا لم نعاين، ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا. أ هـ. وأن شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قيل لأنه

لم يشهد إلا بما علم (أنظر التبيين).

أقول والظاهر أنه حيث أجيز للشاهد أن يشهد بالسماع فى المواضع التى بينوها وجب أن يقضى بشهادته إذا فسر وإلا كان فى المقام ما يشبه التناقض ولا معنى لبقاء القضاء فى مثل هذا على القياس والأخذ فى الشهادة بالاستحسان. وكل ما فى الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما شهد به ولا يحملون القاضى ذلك لكن ما أجازوه فيها كان ينبغى أن يجيزوه فيه منعا للتدافع ولا معنى لهذا الهروب من أمر قرروه واعترفوا به (وانظر تكملة رد المحتار والدر قبيل باب القبول وعدمه).

قال فى التبصرة (٦). أن شهادة السماع لها ثلاث مراتب (الأولى) تفيد العلم وهى المعبر عنها بالتواتر كالسماع بأن مكة موجودة فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم (الثانية) شهادة الاستفاضة وهى التى تفيد ظنا قويا يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع كما إذا شهد برؤية الهلال الجم الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يرده وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل (الثالثة) شهادة السماع وهى التى يقصد الفقهاء الكلام عليها ويتعلق النظر بصفتها وشروطها ومحلها. فأما صفتها فأن يقولون سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم أو يقولوا أنا لم نزل نسمع من الثقات. وهذه الشهادة تفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة وأجيزت للضرورة أ هـ، ثم بين شروطها ومحلها مما لا حاجة إلى إيراده هنا. وإذا أردت الاستقصاء فى ذلك فراجع التبصرة والبهجة وحلى المعاصم ففيها الكلام واف جدا. وقد حكى فى حلى المعاصم أقوالا أربعة فى شهادة السماع. منها أنها تصح فى كل شئ. ومنها أنها لا تصح فى شئ، ومنها أنها تجوز فى مسائل معدودة وقع النص عليها أ هـ. وقد عد منها ابن جزى فى قوانينه عشرين مسألة

---

(٦) فى مذهب الإمام مالك. (المجلد الأول ص٢٨٦ وما بعدها).

وأنظر التبصرة فهى فيها ٢٧ مسألة فارجع اليها إن شئت.

وأقول أن القول الأول من الأقوال الأربعة فى غاية التفريط وفيه اضعاف قيمة الشهادة، والقول الثانى فى غاية الإفراط والتشديد، والقياس والنص يؤيدانه لولا الضرورة. ومواضع الضرورات من المستثنيات شرعا وعقلا وقانونا.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعانيه بنفسه، واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مسائل منها ما هو باجماع كالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى ومنها ما هو على الصحيح كأصل الوقف ومنها وما هو على الأصح كالمهر ومنها ما هو على أحد قولين مصححين كشرائط الوقف ومنها ما هو على قول مرجوع كالعتق والولاء فاجازوا فى هذه المسائل الشهادة بالتسامع من الناس استحسانا وإن لم يعاينها الشاهد بنفسه (١).

- قبول الشهادة. شرطه. أن تكون ممن عاينها سمعا أو مشاهدة متى وافقت الدعوى (٢).

- الأصل فى الشهادة. وجوب معانيه الشاهد للواقعة محل الشهادة بنفسه (٣).

---

(١) طعن رقم ١٧ سنة ٥٠ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/ ٢/ ١٩٨١، طعن رقم ١٢ سنة ٤٥ق «أحوال شخصية» جلسة ٩/ ٦/ ١٩٧٦، ١ سنة ٤٦ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦/ ١٠/ ٧٧، ١٦ سنة ٥٠ق «أحوال شخصية» جلسة ١٦/ ٦/ ١٩٨١، ١٣ سنة ٣٣ ق «أحوال شخصية» ١٤/ ١/ ١٩٧٦ .

وباقى الأحكام المشار إليها فى مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٧٥- ٦٨٠ قاعدة ١٨٩٣- ١٩٠٧.

(٢) الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية»- جلسة ٢١/ ١٢/ ١٩٩٩، الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ق «أحوال شخصية» جلسة ١٧/ ٣/ ١٩٧٦- مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٧ ص٦٨٥.

(٣) الطعن رقم ٨ لسنة ٤٦ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠/ ١/ ١٩٧٩- مجموعة المكتب الفنى سنة ٣٠ ص١٧٤.

الشهادة. الأصل فيها وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين للآخر. غير جائزة. البينة فيها- وفقاً للراجح فى فقه الأحناف- شهادة أصلية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول. اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة السماعية فى إثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه موجب للنقض. أثره. التزام محكمة النقض بالفصل فى الموضوع. الفقرة الأخيرة من المادة ٦٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (٤).

- الشهادة فى اصطلاح الفقهاء- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- الأصل فيها انه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه. واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحسانا ليس من بينها ثبوت أو نفى الضرر المبيح للتطليق (٥).

---

(٤) الطعن رقم ٦٤٣ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية»- جلسة ١١/ ١٢/ ٢٠٠٠.

، الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية»- جلسة ١٧/ ١/ ٢٠٠٠.

، الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/ ٦/ ١٩٩٩.

، الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٦٨ق «أحوال شخصية» جلسة ٧/ ٦/ ١٩٩٩.

، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٥/ ١/ ١٩٩٩.

، الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٥/ ٢/ ١٩٩٩.

، الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦٢ قضائية- أحوال شخصية- جلسة ٢٢/ ٤/ ١٩٩٦.

، الطعن رقم ٨٨ لسنة ٦٢ قضائية- أحوال شخصية- جلسة ٢٩/ ١/ ١٩٩٦.

، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٦١ قضائية- أحوال شخصية- جلسة ٢٢/ ١/ ١٩٩٦.

(٥) الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٦٨ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩/ ١١/ ٢٠٠٢،

الطعن رقم ١٢ سنة ٤٦ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠/ ٥/ ١٩٧٨- مجموعة القواعد القانونية فى خمسين عاما ص٦٧٩ قاعدة ١٩٠٣.

الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه عيناً أو سماعاً. الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفى الأوجه التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة زوجها. غير جائزة. نصابها شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول. عدم اعتداد الحكم المطعون فيه بها فى إثبات عدم أمانة المطعون ضدها على الطاعنة. صحيح (٦).

- الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الاستثناء. الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع. ليس من بينها التطليق للضرر (٧).

---

(٦) الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٧١ ق احوال شخصية جلسة ٨/ ٢/ ٢٠٠٣

، الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٧١ق احوال شخصية جلسة ٢٥/ ١/ ٢٠٠٣

، الطعن رقم ٧٦ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية»- جلسة ٢٥/ ١٢/ ٢٠٠٠

، الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٣/ ٧/ ١٩٩٩.

(٧) الطعن رقم ٦٤٠ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية»- جلسة ١١/ ٦/ ٢٠٠١

، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية»- جلسة ٦/ ١/ ٢٠٠١،

الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦/ ٦/ ٢٠٠٠،

الطعن رقم ٤١١ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٧/ ٣/ ٢٠٠٠

، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦٣ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/ ٢/ ١٩٩٧- مجموعة المكتب الفنى لسنة ٤٨ ص٢٣٥.

الفصل الرابع

أداء الشهادة والامتناع عن أدائها

الفـــــرع الأول

أداء الشهادة

من نحمل شهادة على قول أو فعل فما كان من حقوق الله تعالى فعلى الشاهد أن يؤدى شهادته حسبة أمام القضاء لأن صاحب الحق وهو الله سبحانه وتعالى يطلب منه ذلك.. ويكون هذا الشاهد مدعيا أيضا بما تحمله على ما أسلفنا وعلى ما سيأتى (١).

وما كان من حقوق الناس وجب على الشاهد أن يؤدى شهادته به بعد أن يطب منه صاحب الحق ذلك، وليس له أن يشهد على ما تحمله بدون طلب، إذ لصاحب الحق أن يطلب حقه وله أن يتركه، على ما يتراءى له(٢). وإذا كان الشاهد قد تحمل الشهادة ولم يعلم صاحب الحق

---

(١) وقد استوفيت القول فى دعوى الحسبة بلا مطمع فيه لمستزيد فى كتاب الدعوى. وانظر ما سيأتى إن شاء الله فى الفصل الثالث عشر

(٢) نقلنا فى كتاب الدعوى لنا مسألتين اولاهما عن الانقروية، واخرى عن واقعات المفتين. اما الأولى فهى: اذا ارادت المرأة اثبات مؤخر صداقها على الزواج فلها ذلك. وان لم يكن لها المطالبة فى المال وكذلك من له الدين المؤجل اذا اراد اثباته فله ذلك وان لم يكن له حق المطالبة به فى الحال والثانية انه يجوز اثبات الدين الذى على الميت بحضرة الوارث أو الوصى وان لم يكن فى يد احدهما شئ من التركة لما فى الاثبات من الفائدة وهى التمكن من أخذ مال الميت عند الظهور. وقال الاستاذ عبدالحميد أبوهيف بك رحمه الله فى صفحة ٦٥٧ بند ٩٢٢ اذا لم يكن هناك دعوى اصلية نشأت عن الشهادة فهل يجوز استماع الشهود فى نطقة معينة بصفة اصلية حتى يحصل الطالب على الاثبات ليقدمه وقت الحاجة؟ المسألة فيها نظر إلا أن عادة المؤلفين وفى مقدمتهم جارسونية لايرون بأسا من استماع الشهادة اذا كان لها لزوم وكانت مثبتة لحق جائز اثباته بالبينة بحسب القانون المدنى اذ القانون يرمى بطبيعته لحفظ الحقوق بقدر المستطاع.

وقال الاستاذ محمد العشماوى بك فى كتابه قواعد المرافعات صفحة ٣٢٠ هل يجوز الركون إلى التحقيقات (أى سماع شهادة الشهود) بدعوى اصلية بغير ان تكون هناك خصومة قائمة على الموضوع الاصلى ليتمكن الطالب من الحصول على الدليل الذى يؤيد به مزاعمه أو دفاعه عندما يقوم النزاع فيما بعد؟ وهل تقبل المحاكم مثل هذه الدعاوى وتسير فى التحقيق بغير ان يكون هنا قضية اصلية منظورة أمامها؟

بأن له شاهدا على ما يدعيه وجب عليه أن يعلمه بذلك وأنه مستدع لتأدية شهادته.. ثم أن كان الشاهد قد تعين لأداء الشاهدة كان وجوب الأداء عليه فرض عين، وإن كان هناك من يقوم به الأداء دونه كان الأداء عليه فرض كفاية (راجع كتب الأصول).

والدليل على أن الشهادة فرض قوله تعالى «ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه» وقول «وأقيموا الشهادة للّه» وقوله « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا» (٣) وقد انعقد على فرضية تأدية الشهادة الاجماع وفى تأدية الشهادة عمل إنسانى عظيم وصيانة للدماء والأموال وسائر الحقوق من أن تذهب هدرا وتعاون على ما فيه الخير العميم للمجتمع الإنسانى مما يعود على الأفراد جميعا (٤).

= قال - والجواب عن ذلك أننا لو أخذنا بقاعدة أن المصلحة مقياس الدعاوى، وأنه كلما تحققت المصلحة جاز رفع الدعوى كان مثل هذه الطلبات مقبولا. لأن للطالب كل المصلحة فى أن تسمع الشهود قبل أن يتفرقوا ويصعب الحصول عليهم عند قيام النزاع أو قبل أن تدركهم الوفاة فيصبح الاثبات ممتنعا، أو قبل أن تضع تفاصيل الحوادث من ذاكرتهم فتضعف الشقة بأقوالهم عند الحاجة إليها. ولكن رأى القضاء قد استقر على عدم جواز الركون للتحقيقات إلا بصفة تبعية لخصومة قائمة وذلك بحجة أن القانون لم يتناول غير هذا النوع مما يدل على أنه لا يجيز السير فى التحقيق بدعوى أصلية ترفع بعيدة عن كل منازعة أ هـ. أقول ولكن لقائل أ يقول إن سكوت القانون لا يدل على ما استقر عليه القضاء، فليس لساكت قول، وإذا يكون المرجع فى هذا هو المصلحة التى إنما وضع القانون لحمايتها وأسباب سماع مثل هذه الدعوى وجيهة جدا، ولكن ذلك مما يزيد العبء على القضاة فلعلهم استراحوا إلى المنع لأجل هذا.

وقد قال الأستاذ العشماوى بك (فى الهامش) قد كانت التحقيقات بدعوى أصلية جائزة قبل صدور لائحة سنة ١٨٩٧ التى منعتها بنص صريح إذ تبين للمشرع أنها اتخذت كوسائل للكيد أ هـ. وأقول كان الواجب أن تستبعد الدعاوى الكيدية وأن يتحمل أصحابها عبء نفقات الدعوى كلها وأن يجازى سيء النية منهم بما يقضى به العدل. يقارن بالمادتين ٩٦ ، ٩٧ من قانون الاثبات.

(٣) قيل فى تأويل قوله تعالى: «ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا» أنه يحتمل أن يكون النهى عن الأباء لأجل التحمل إذا دعى إليه، كما يؤخذ من ظاهر سياق الآية، ويكون اسم الشهداء مجازاً فيمن سيتصف بالشهادة فيما بعد. ويحتمل أن يكون المراد نهى من تحملوا الشهادة عن الآباء عن أدائها إذادعوا إلى ذلك. قال فى فتح القدير وهوالراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ.

(٤) أنظر تبصرة ابن فرحون جزء أول ص ١٦٥ , ٦٦.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

ـ من المقرر فى المذهب الحنفى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن بلوغ الشاهد وأن كان شرطا لأدائه الشهادة لما فيها من معنى الولاية على المشهود عليه، إلا أنه ليس شرطاً لتحمله بها إذ يكفى لامكان علمه بالحادثة وفهمها وقت حدوثها أن يكون عاقلا فيصح تحمله به ولو كان صبيا مميزا.(١)

ـ يكفى لصحة الأداء فى الشهادة البلوغ. فلا يصح أداء الصبى وإن كان عاقلا، أخذا بأن فى الشهادة معنى الولاية على المشهود عليه، لأن بها يلزم بالحق ويحكم عليه به، والصبى لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره من باب أولى، ولئن كان من أوفى على السادسة عشرة من عمره يكون بالغا، إلا أنه لما كان يتعين انتفاء التهمة عن الشاهد هو شرط لازم لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب فى الشهادة. فلا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا، ولا شهادة الوالدين للأولاود وإن سفلوا، اعتبارا بأن الولد بضعة من الوالد، دون تفرقة بين كون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية أو الخلافات المالية لتوافر التهمة فى الحالين، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى فيما جرى عليه من استبعاد ابن الطاعن من الإدلاء بشهادته يكون قد إلتزام النهج الشرعى السليم، لما كان ذلك، وكان لا يسوغ القول بأن استبعاد الشهادة، على النحو السالف ينطوى على حرمان الطاعن من استكمال نصاب الشهادة طالما أنه لم يقم الدليل على أنه طلب من محكمة الموضوع وبطريقة جازمة اتاحة الفرصة له للاستعانة بآخر بدلا من ابنه الذى رفضت سماع شهادته.. وإذ كانت المحكمة غير ملزمة بلفت نظر الخصوم إلى مقتضيات دفاعهم فإن النعى يكون على غير أساس.(٢)

ـ أداء الشهادة. شرط صحتها. عدم وجوب تعريف الشاهد للخصوم باسمائهم ونسبهم. كفاية تعيينه لهم تعيينا نافيا للجهالة. (٣)

---

(١) طعن رقم ٤٥ لسنة ٤٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/ ١١/ ٨١، طعن رقم ٦ لسنة ٢٤ق «أحوال شخصية » جلسة ٧/ ١/ ٧٦، طعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠/ ٧/ ٧٩مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٧٣ قاعدة ١٨٨٧.

(٢)الطعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جسلة ١٠/ ١/ ١٩٧٩ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ١٧٦

(٣) الطعن رقم ٣٧ سنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ٨/ ١٢/ ١٩٨١

الفرع الثانى

الإمتناع عن أداء الشهادة

تعزير الشاهد

اذا تعين الشاهد للشهادة وأبى الحضور إلى مجلس القضاء لأجل أدائها، أو حضر وامتنع عن الأداء وكان هذا كله بغير عذر فإنه يستحق التعزير لأنه امتنع عن أداء أمر مفروض عليه أداؤه شرعا كسائر الفروض الدينية فهو بامتناعه بدون عذر يكون آثما ومستقحا لأن يعزر، والتعزير كما يكون على فعل إيجابى، يكون على أمر سلبى كترك الصلاة.

اذا تقرر هذا القول قد كانت اللوائح الشرعية خالية من ذكر تعزير الشاهد إذا دعى ولم يحضر ولعل قضاة الشرع وقتئذ كانوا يلتمسون للشاهد عذرا. أو لا يأبهون لهذا، حتى جاء القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ فقررت المادة السادسة منه تعزير الشهود إذا امتنعوا بدون عذر، ونقل نص هذه المادة فى المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ وهو اللائحة الشرعية فى المادة (١٧٣) وهاك النص (١).

إذا امتنع الشهود عن الحضور بمجرد طلب الخصم ذلك منهم وجب تكليفهم بالحضور على يد محضر أو أحد رجال الضبط بميعاد يوم واحد مقدما غير مواعيد المسافة المبينة بالمادة (٥٣) من هذه اللائحة. فإذا لم يحضر الشاهد لاداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المعتبر قانونا يحكم عليه بغرامة قدرها مائة قرش أميرى. وإذا اقتضى الحال حضوره يكلف ثانيا بالحضور وعليه مصاريف ذلك التكليف. وإذا حضر من دعى للشهادة وامتنع عن الاجابة أو امتنع الشاهد عن الحضور بعد تكليفه به مرة ثانية يحكم عليه بغرامة قدرها مائتا قرش أميرى وإذا حضر الشاهد الذى تأخر عن الحضور وأبدى أعذارا صحيحة جاز اعفاؤه من الغرامة بقرار من المحكمة التى أصدرته أهـ.

---

(١) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

تراجع المادتين ٧٧ ، ٧٨ من قانون الأثبات ويقابل المادتين ٥٩ ، ٦٠ من مشروع قانون الأثبات فى المواد المدنيةوالتجارية.

وهذه المادة مقتبسة من قانون المرافعات الأهلى من المواد ١٨٧ و١٩١ و١٩٣ و ١٩٥ و١٩٦ وقد نصت المادة (١٩٤) مرافعات على أنه يجوز للمحكمة أو القاضى المعين للتحقيق أن يصدر أمرا باحضار الشاهد رغما عنه (؟) وليس فى اللائحة الشرعية ما يقابل هذا النص وإذا ليس للمحاكم الشرعية إحضار الشاهد جبرا عنه لأن قانونها سكت عن ذلك فوجب الرجوع إلى الأصل.

كذلك نص قانون تحقيق الجنايات على نظير ما نص عليه قانون المرافعات أنظر المواد ٨٥ فقرة أخيرة و١٤١ و١٦٧.

وعقوبة الشاهد الممتنع عن الحضور الى المحكمة بدون عذر بيديه أو الممتنع عن أداء الشهادة بعد الحضور فى المواد الجنائية سواء أكان ذلك أمام النيابة أم أمام قاضى التحقيق أم أمام المحكمة تختلف نوعا ومقدارا على حسب أهمية الموضوع المطلوب من الشاهد أن يؤدى شهادته عليه.(٢)

على أن الشاهد لو دعى الى الحضور ولم يحضر فحكم عليه ثم حضر وأبدى اعتذاراً مقبولاً فانه يعفى من العقوبة.

الإعذار التى تبيح للشاهد الامتناع عن أداء الشهادة :

١ - وقد استثنى القانون أنواعا من الناس من التعزير بسبب الامتناع عن أداء الشهادة مطلقا وهم ثلاثة أقسام.

وقد نص قانون الأثبات عليها: (٣)

الأول مادة ٦٥: الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم.

---

(٢) الغرامة فى المادة ٧٨ من قانون الاثبات الفا قرش واذا تخلف الشاهد بعد اعادة تكليفه بحكم عليه بضعف الغرامة.

(٣) وهى تقابل المواد ٤٦، ٤٧، ٤٨ من مشروع قانون الأثبات فى المواد المدنية والتجارية.

الثاني: مـادة ٦٦: لا يجوز لمن علم من المحامـين أوالوكلاء أوالأطباء أو غـيرهم من طريق مهنته أو صنعـته بواقعة أو بمعلومات أن يفشـيها ولو بعد إنتهـاء خدمته أو زوال صفته مالم يكن ذكرها مقصودا به ارتكاب جناية أوجنحة.

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشـهادة على تلك الواقعة أو المعلومـات مـتى طلب منهم ذلك من أسـرها اليـهم على ألا يخـل ذلك بأحكام القوانين الخاصة به.

الثالث مـادة ٦٧: لا يجوز لأحد الزوجين أن يفـشى بغير رضاء الآخر مـا أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالـها الا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو اقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر.

الاعذار التى تبيح للشاهد ألا يذهب إلى مجلس القضاء لتأدية الشهادة :

فرضية الشهادة شرعا مقيدة بعدم ضرر الشاهد. قال الله تعالى «ولا يضار كاتب ولا شهيد» وقال صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار».

٢ - والاعذار التى رأى الفقهاء أنها تبيح للشاهد ألا يذهب الى مجلس القاضى لأداء الشهـادة، أو تبيح له إلا يؤدى الشـهادة أصلا تنقـسم إلى مادية وأدبيـة محقـقة الحصول أو مظنونة الوقوع فى المستقبل .

وهاك جملة القول فى ذلك.

إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور تنتقل المحكمة لسماع شهادته.

ولها أن تندب أحد قضاتها لسماعها (٤)

وقد فسـر العذر بالمرض أو التقدم فى السن أو أن تطلب الشهـادة من سيدة ذات خدر ويجب على كل حال أخذ شهادة الشاهد حضر الخصوم أم لم يحضروا.

وأقول أن المناط فى ذلك هو دفع المشقة عن الشاهد وقد لاحظ ذلك فقهاء الشرع وفقهاء القانون جميعا.

---

(٤) المادة ٨١ من قانون الأثبات والمادة ٦٣ من مشروع قانون الأثبات فى المواد المدنية والتجارية.

ومن الأعذار التى تبيح للشاهد عدم تأدية الشهادة بعد مكانه من موضع القاضى فإن كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضى لأداء الشاهدة ويرجع إلى أهله فى يومه فلا أثم عليه بعدم الاداء لأنه يلحقه الضرر بذلك. هذا هو ما قاله فقهاء المذهب الحنفى.

وجاء فى التبصرة. (مالكى) أن الشاهد يتعين عليه الأداء إذا كان على نحو البريدين (٥) لقلة المشقة، فإن كانت المسافة أكثر من بريدين لم يجب عليه الذهاب. قال وتحديد البريدين لا يقوم عليه دليل، والأصل فى ذلك المشقة وانتفاؤها.

فإذا كانت المسافة لا يجب منها الأداء فإن القاضى يكتب إلى رجل من ثقاته فيوقع هذا الشاهد شهادته ويكتب إلى القاضى بما أدى عنه فينظر فيه.

ومما نص عليه علماؤنا أن الشاهد لو خاف على نفسه من المشهود عليه لو أدى الشهادة ضده وكان المشهود عليه قادرا على ايقاع الأذى بالشاهد كان للشاهد أن يمتنع عن الأداء. وليس لهذا نظير فى نصوص القانون. ولا شك أن هذه الملاحظة جديرة بالعناية، والمشاهدات المتكررة عندنا كل يوم تؤديها فالواجب اذا على ما أرى هو أن يشجع الشاهد على تأدية شهادته بما يشعره بأن هذا واجب دينى وانسانى عليه وأن يربى الناس على ذلك، ويوضع فى قانون العقوبات نص يشدد العقوبة على من يتعدى على غيره بالأذى والضرر بسبب تأدية شهادة من المعتدى عليه ضد المعتدى، هذا هو الحل على ما أرى.

ومن الأعذار أيضا ألا يكون القاضى عدلا فللشاهد أن يمتنع عن الأداء عند غير العدل لأنه ربما لا يقبل شهادته ويجرحه، وفى هذا ضرر أدبى للشاهد. لكن لو غلب على ظن الشاهد أن القاضى يقبل شهادته لشهرته ينبغى أن يتعين عليه الأداء. وهذا أيضا ليس له نظير فى القانون.

---

(٥) مقدار البريد أربعة فراسخ ومقدار الفرسخ ثلاثة أميال فالبريد أثنا عشر ميلا ومقدار ذلك على التقريب ١٨ كيلو متر وعلى هذا يكون مقدار البريدين ٣٦ كيلو مترا تقريبا.

ومن الأعذار أيضـا أن يعلم من طريق يثق به أن مـا دعى للشهادة عليـه قد تغـير الحال بالنسـبة له كما لو اسـتدعى لأداء الشهادة على دين قـد حضر عقده بنـفسه ثم علم من الثقة أن الدائن استوفاه من المدين، لكن ليس مع المدين حجة تدل على براءة ذمتـه. أو كان حـضر عقـد زواج ثم أستدعى لـتأدية الشهـادة عليه وكـان قد علم أن الزوجة بانت من زوجها بينونة كبـرى (مثلا) فله أن يمتنع عن الأداء لأن باطن الأمر أصبح غير ظاهره. والأحسن أن يعلم القاضى بكل ذلك.

وكذلك لا يحل للشاهد أن يؤدى الشهادة على إقرار إذا علم أنه إنما أقر خوفا.

ولا يحل له أيضا أن يؤدى الشهـادة الا اذا كان متذكرا لها على وجهـها تماما فإن فاتـه شيء مما رأى أو اختلط عليـه الأمر وأجـبر على الأداء وجب عليـه أن يقـول ما يعرفه يقينا فقط ويمتنع عن غيره أو يسوقه مـساق التردد إذا كان الأمر قد اشتبه عليه ولا سيما لطول الزمن ، والقاضى هو الذى يقدر قيمة شهادته.

الفـــرع الثـالـث

مصاريف الشـاهـد

قال فـى التبـصرة ـ لا يجـوز للشاهد أن يأخـذ من المشهـود له شيـئا بسـبب أداء الشهادة لأن فى ذلك طلب عوض على واجب كطلبه أخذ العوض على صلاة نفسه، إلا فى الركوب لعسر المشى عليه لأنه حينئذ يشبه من سقط عنه أداء الشهادة ، وأيضا فمنفعة الركوب ليست للشاهد بل هى مـقصورة على المشهود له ولو كان الشاهد لا يقدر على النـفقة جـاز له قبولهـا ولو أخبر الـقاضى بذلك لكان حسنا، وقـيل تبطل شهادته بذلك أن لم يكن مبرزا من العدالة.

وأما أن كانت المسـافة بعيدة مثل ما تقـصر عليه الصلاة فأكـثر ولم يكن للقاضى أمين يشهد هذا الشاهد عنده فلا يضر الشاهد أكل طعام المشهود له، وان كان له مال، وكـذلك ركـوب دابته، وكـذلك أن احـتـجب السلطان عن فـصل الحكم لم يضـر الشاهد أن ينفق عليه المشهود له ما أقام منتظرا له، إذا لم يجد من يشهد على شهادته ثم ينصرف أهـ.

إذا طلب الشهـود مقابل تعطيلهم فيـصير تقديره لهم. وتكون نافـذة على الخصم الذى أحضر الشهود.

إذا لم يترتب على شـهادة الشهـود فائدة ما للدعوى فـتكون مصاريف تكليـفهم بالحضور ومصاريف سماع شهادتهم على الخصم الذى أحضرهـم.

وجاء فى كتاب قواعد المرافعات (للعشماوى باشا) تعليقا على هذا مانصه.

ليس الشـهود مكلفين أن يـضاروا فى سبـيل قيـامهم بواجب أداء الشـهادة بل يجب على المحكمة تعويضهم عما تحملـوه من النفقات وتثبت تقديرها فى المحضر ويعطى للـشـاهد صـورة من هذا الأمـر، ويكون نافـذا عـلى الخـصم الذى أحـضـر الشـــهــــود. ولهـــذا الأخـيــــر أن يرجع بهـــا علــى الخـــصــم الذى خـــســـر

الدعوى، والتـزم بمصاريفهـا، وقد أوجبت المادة (٣٤) مـن لائحة الرسوم للمـحاكم الأهليـة على كـاتب المحكمـة أن يطلـب من القـاضى تقـديرمـبلغ يودع فى الخـزينة ليستوفى الشهود منه مصاريفهم بعد أداء الشاهدة حتى لا يتكبدوا مشقة فى الحصول عليها أهـ وكذلك الحكم إذا كانت الشهادة فـى غير المسائل المدنية عـملا بنص المادة (٩٢) من قانون تحقيق الجنايات إذ جـاء فيها ـ كافة القواعـد والأصول المقررة قانونا فيما يتـعلق بالشهود فى المواد المدنية تتبع فى المواد الجنائيـة إلا إذا وجد نص يخالف ذلك أهـ. ولم يوجـد فـى قـانون تحـقـيق الجنايات مـا يخـالـف نص المادتين (٢٩١ و٢٢٠) مرافعات أهلى.

ويلاحظ أن اللائحة الشـرعية سكتت عن مصـاريف الشهود مع كونهـا تعرضت لتعـزيز الشاهد الممتنع عن الحضـور لأداء الشهادة وجـاء نصها مطلقا بالنسـبة لمكان الشاهد. وليـس من العدل ألا يعطى الشاهد الـنفقات التى تكبـدها بسبب الشـهادة فيجب أن ينسحب على هذا نص قانون المرافعات المذكورة آنفا.

وتنص المادة ٩٢ من قـانون الإثبـات على تقـدير مـصروفـات الشـهود ومـقـابل تعطيلهم

الفصل الخامس

شـــروط أداء الشـــهادة

الفـــرع الأول

المكـــان

يشترط أن تكون الشهادة بمجلس القاضى (1) لأن الغرض من الشهادة الحكم بموجبها فلابد أن تكون بحضرة الحاكم فى مجلس حكم الذى نصب ليفصل فيه بين المتنازعين، فلو أخبر بها فى غير ذلك المجلس فلا تعتبر ولو كان القاضى حاضرا.

وأما المحكم فليس له مجلس معين كالقاضى ذى الولاية العامة. بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه.

لكن لو قال الإمام للقاضى أقض فى أى مكان حللت فيه وفى أى وقت ترفع إليك فيه الخصومة جاز ذلك (أنظر تخصيص القضاء) لكن يشترط على كل حال أن تكون الشهادة أو نقلها فى المجلس الذى نصب فيه نفسه للحكم.

ويشترط أن تكون الشهادة بمواجهة الخصمين إذا كانا حاضرين بمجلس القاضى مع اشارة الشاهد عند أداء الشاهدة إلى كل منهما ولا حاجة إلى ذكر اسمهما ونسبهما فى هذه الحالة لان الاشارة ابلغ فى التعريف بالشخص من تعريفه باسمه ونسبه لانه فى الحالة الأولى معين تعيينا ينتفى معه كل احتمال بخلاف الحالة الثانية مهما بولغ فيها فالاحتمال قائم وان كل ضعيفا. وعلى ذلك لو عرفهما باسمهما ونسبهما وهما حاضران ولم يشر إليهما لا يكتفى منه بهذا التعريف لما ذكرنا. أما إذا كانا غائبين أو أحدهما فلا سبيل إلى تعريفهما أو تعريف الغائب منهما إلا باسمه ونسبه، أو بما يشتهر به تكون الشهادة حينئذ بمواجهة من ينوب شرعا مناب الغائب منهما من وكيل أو وصى.

---

(1) وقد يكون أداء الشهادة فى مجلس آخر ثم تنقل الشهادة إلى مجلس القضاء المنظورة فيه الدعوى.
مادة ٧٢ من قانون الأثبات يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها ـ عند الاقتضاء ـ أن تندب أحد قضاتها لاجرائه.
تضمت المادة ٥٤ من مشروع قانون الأثبات والمواد المدنية والتجارية ذات النص.

قال فى الخانية: ادعى دينا على رجل فوكل المدعى عليه رجلين بالخصومة فأقام المدعى شاهدا على أحد الوكيلين وشاهدا على الوكيل الآخر جاز، وكذا لو اقام شاهدا على الموكل وشاهدا على الوكيل أو أقام على المدعى عليه شاهدا وعلى وارثه أو وصيه بعد موته شاهدا أو كان للميت وصيان فأقام المدعى شاهدا على احدهما وشاهدا على الآخر جاز أ. هـ.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الشهادة فى اصطلاح الفقهاء.. ماهيتها. يخرج عنها الاخبار الكاذب والاخبار الصادق فى غير مجلس الحكم أو الخالى من ذكر الشهادة (١).

- المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى ان لم يكن الشاهد عالما بالمشهود به وذاكرا له وقت الأداء. فلو نسى المشهود به لم يجز أن يشهد، وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضع الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به، والغرض المستهدف هو التعريف لا كثرة الحروف، فحيث تحقق التعريف وثبت لدى القاضى علم الشاهد بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق اكتفى به وصح الاعتداد بالشهادة ولما كان البين من الاطلاع على محضر التحقيق الذى اجرته محكمة أول درجة أن الطاعن تخلف فى جلسة التحقيق عن الحضور بينما مثلت المعطون عليها وأشهدت شاهديها فى غيبته وكانت أقوالهما بينة الدلالة على انها تنصب على الخلاف بين الطاعن والمطعون عليها بالذات وأن لم يصرحا بذكر أسمهما فإن هذا كاف فى التعريف بهما وتعيينهما تعيينا نافيا لأى جهالة بحيث ينتفى أى احتمال، وإذ ساير الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المعطون فيه هذا النظر فانه يكون قد التزم المنهج الشرعى السليم(٢).

---

(١) الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٩ ص١٣٨٣

(٢) الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية - جلسة ٢٩/ ١١/ ١٩٧٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٧٢ قاعدة ١٨٨١

الفــرع الثــانى
نفس الشهادة

يشترط أن يؤدى الشاهد شهادته بلفاظ أشهد.

وجعله فى التنوير وغيره ركن الشهادة، وعلى القول بأنه شرط لا ركن تكون الشهادة، هى حكاية الشاهد ما شهده بحضرة القاضى لكن ما يخبر به لا يعتبر شهادة شرعا إلا إذا قال الشاهد «أشهد» ولفظ أشهد شرط فى كل ما يشهد به أمام القاضى وبه قال عامة العلماء وهو الراجح. وقال فى التبيين والفتح:العراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة فى شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الإخبار لا من باب الشهادة، لكن الصحيح أنه من باب الشهادة لأن يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية وملجس الحكم وغيرها أهـ.

وأماسبب إشتراط تأدية الشهادة بلفظ «أشهد» أو اعتباره ركن الشهادة فقد قال فى البدائع ما نصه: وأما الشرائط التى ترجع إلى نفس الشهادة فأنواع: منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الألفاظ كلفظ الإخبار والأعلام ونحوهما، وإن كان يؤدى معنى الشهادة تعبدا غير معقول المعنى أهـ. وقال فى الهداية والفتح: إن النصوص نطقت باشتراط هذه اللفظة قال تعالى «وأشهدوا ذوى عدل منكم» «وأشهدوا إذا تبايعتم» «واستشهدوا شهيدين من رجالكم» «فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» «وأقيموا الشهادة لله» وقال عليه السلام «إذا علمت مثل الشمس فاشهد» وحاصل هذا النص أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فإن قيل غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى «وربك فكبر» ولم يرد من السنة فى تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم «تحريمها التكبير» ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبى حنيفة فمن أين لزم فى الشهادة؟ قلنا: الفرق معنوى وهو أن لفظة الشهادة أقوى فى افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التى مرجعها الحس، ولأنها من ألفاظ الحلف . فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر، وقد

وقع الأمر بلفظ الشهادة فى قوله تعالى: «وأقيموا الشهادة لله» وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا رأيت مثل الشمس فأشهد» فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فإنه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم، فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر أهـ.

أقول إن عجيبا من مثل صاحب الفتح أن يقتنع بمثل هذا الكلام.

فأولاً إستدلاله بقوله تعالى: «وأقيموا الشهادة لله» وبقوله عليه السلام «إذا رأيت الشمس فاشهد» على أن الأمر وقع بلفظ الشهادة، فكيف هذاوكل ما فى الآية الكريمة هو الأمر بإقامة الشهادة لله وليس فى ذلك ما يستلزم أن يكون الأداء بلفظ مشتق من مادة (ش.هـ.د) فضلا عن لفظ أشهد بخصوصه، فإقامة الشهادة قد تأتى بغير ذلك اللفظ ولا أحسب أن هذا يخفى على مثل صاحب الفتح فى جلالة قدره ومتانة علمه بل هو لا يخفى على من دونه بدرجات. والاستدلال بالحديث على ذلك أبعد من الاستدلال بالآية والأمر ظاهر.

(ثانيا) إن ذلك الفرق المعنوى بين لفظتى الشهادة والتكبير ممنوع كيف وذلك المعنى الذى يستفاد من تأدية الشهادة بلفظ أشهد يمكن أن يستفاد من مثل قول الشاهد «إنى رأيت ما أخبر به الآن بعينى التى هى فى رأسى، وسمعت كلام المدعى عليه بإذنى سمعا حقيقيا» وإنى متأكد مما أقول وأقسم بالله العظيم أنى لصادق» فهل تقصر مثل هذه العبارة عن أن تؤدى المعنى المستفاد من لفظ أشهد أو هى تزيد عليه؟ على أنه كم شاهدا يشعر بأن فى قوله «أشهد» معنى اليمين، بل هل ورد عن العرب أن لفظة أشهد تؤدى معنى الإخبار عن معاينة مع تضمنها القسم فى آن واحد، فمن ادعى هذا ممن يوثق بنقله من أئمه اللغة؟ فالمسألة فى الحقيقة من قبيل المشترك اللفظى، وهل يتناول اللفظ المشترك فى استعمال واحد معنييه معا أو جميع معانيه(١).

(ثالثا) إن التكبير جاء فى الصلاة التى هى من العبادات، والشهادات جاءت فى المعاملات والأصل عند المحققين من أئمة الشريعة أن أحكام المعاملات معللة معقولة المعنى جملة وتفصيلا بخلاف العبادات، فياللعجب كيف يدخل الرأى

---

(١) راجع كتب الأصول فى مبحث المشترك.

معقولة المعنى جملة وتفصيلا بخلاف العبادات، فياللعجب كيف يدخل الرأى والقياس فى العبادات وكيف يمنع فى المعاملات؟ على أنه من الذى يدرينا أن معنى أجل وأعظم أبلغ من المعنى أكبر عند الشارع أليس للشارع وحده أن يتعبدنا بما شاء فمنه الأمر وعلنيا الامتثال، ولا معنى للتعبد إلا هذا، أما إذا دخل المسألة الرأى فقد ضعف جانب التعبد قليلاً أو كثيراً، وما الذى يدرينا أن هذا الذى استنبطناه الرأى يكون عبادة يرضاها الشارع منا؟

فالأسلم فى جانب العبادة أن تكون بمعزل عن الرأى والقياس. وأما المعاملات الدنيوية فجانب المعنى فيها فى غاية الظهور فلا معنى لأن يدخلها التعبد.فالحق أنه لا دليل لا من الكتاب ولا من السنة ولا من القياس على اشتراط أن يكون الأداء بلفظ الشهادة فضلاً عن لفظ أشهد (٢) بخصوصه. والله الهادى إلى سواء السبيل.

وعلى ما قالوه إذا ترك الشاهد لفظ أشهد لا تقبل شهادته، غير أنه إذا قال له القاضى بعد أن يخبره بالحادثة «أتشهد بذلك» فإن قال الشاهد أشهد به كانت شهادته مقبولة، وقد نص على ذلك فى المادة (١٦٧٩) من المجلة العدلية والمادة (١٧٣) من لائحة المحاكم الشرعية السابقة، لكن هذه المادة الأخيرة الغيت بالمرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ وأحلت اليمين محلها على ما سيأتى.

ومحل اشتراط الفقهاء لفظ أشهد انما هو فى الشهادة الملزمة التى يترتب عليها وجوب الحكم على القاضى وهى المعنية بالشهادة عند الاطلاق.

---

(٢) نقل فى ظفر اللاضى عن ابن القيم أنه حكى عن الإمام أحمد فى ذلك ثلاث روايات: (الأولى) اشتراط لفظ الشهادة (الثانية) الاكتفاء بمجرد الأخبار وأختارها أبن تيمية (الثالثة) الفرق بين الشهادة على الأفعال فيشترط لفظ الشهادة، والشهادة على الأقوال فلا يشترط ،بل أن يقول سمعته يقر بكذا أهـ. ملخصا وهو منقول عن كتاب بدائع الفوائد لابن القيم. ومثله بتوسع فى الطرق الحكمية له. وقد صرح ابن القيم بأنه ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم موضوع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة ، ولا عن رجل واحد من الصحابة، ولا قياس ولااستنباط يقتضيه، بل متى قال الشاهد رأيت كيت وكيت أو سمعت نحو ذلك كانت شهادة منه.

وأما الشهادة التى هى من قبيل الإخبار المحض كأقوال أهل الخبرة، والمزكين سراً وعلنا، والمخبرين بيسار الزوج لتقدير النفقة عليه لزوجته وأجرة الرضاع والمسكن فلا يشترط فيها لفظ اشهد، إذ كل ذلك من قبيل الاعلام واظهار الحال واعانة القاضى، وتسمى هذه الشهادة شهادة استفسار أو استكشاف وقد نص عليها فى المادة (١٦٨٩) من المجلة والمادة (١٧٧) من اللائحة السابقة.

قالوا وإذا كان لفظ أشهد لابد منه فى تأدية الشهادة فلا وجه لتحليف الشاهد لأن لفظ أشهد يتضمن اليمين ولا يجوز تكرار اليمين وجرت على هذا محاكمنا الشرعية إلى أن صدر قانون ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ فنسخ اشتراط الشهادة وجاء بدلها باليمين وهاك ماجاء فيه.

«متى حضر الشهود بين يدى القاضى سمع شهادة كل منهم على انفراده بعد أن يسأله عن اسمه ولقبه وصنعته (يريد صناعته) أو وظيفته (أى عمله الحكومى ونحوه) ومحله ونسبه وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو الاستخدام أو غيرهما، وبعد أن يحلف اليمين الشرعية، ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفى فيها مجرد الأخبار ممن يوثق به» أهـ، وقد نقل هذا النص بحروفه بالمادة (١٧٤) من اللائحة الحالية (٣).

وبناء على ذلك الغيت تزكية الشهود ودخلت فى خبر كان،

وللفقهاء فى تحليف الشهود كلام: فمنهم من يرى جواز هذا، وقد نقل عن على كرم الله وجهه انه كان يحلف الشاهد والراوى اذا اتهمها.

ونقل فى البحر عن التهذيب ان الشهود يحلفون فى زماننا لتعذر التزكية اذ المجهول (٤) لا يعرف المجهول: وفيه أيضاً ان ابن أبى ليلى كان يختار تحليف الشهود، وقال فى تكملة المحتار: ولا يضعف هذا القول ما فى الكتب المعتمدة

(٣) الغيت بالقانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ و تطبق المادتين ٨٥، ٨٦ من قانون الإثبات.

(٤) أى من جهة العدالة.

كالخلاصة والبزازية من انه لا يمين على شاهد لأن هذا عند ظهور عدالته، والكلام عند خفائها خصوصا فى زماننا، فالشاهد مجهول الحال وكذا المزكى غالبا والمجهول لا يعرف المجهول.

وقال العلامة الشيخ محمد عليش المالكى رحمه الله فى فتاواه ما نصه: قال الخرشى وللقاضى أن يحلف الشاهد ولو بالطلاق إذا اتهمه كما قال ابن فرحون أهـ، قال العدوى: قوله وللقاضى أن يحلف الشاهد ولو بالطلاق أى دون الخصم فليس له تحليف الشاهد.

وجاء فى المجموع للأمير (مالكى) وللقاضى اذا اتهم الشاهد تحليفه وان بطلاق كما فى الخرشى عن ابن فرحون، وتحدث للناس أقضيه بحسب ما يحدثون من الفجور، فيخرج من قوله تعالى: «ولا يضار كاتب ولا شهيد»أهـ

فانظر هذا مع مانقله فى تكملة رد المحتار عن الاشباه من ان الامام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لا تكلف قضائك أمرا يلزم منه سخطك ان خالفوك أو سخط الخالق إذا وافقوك أهـ.

فياللعجب ويا سبحان الله أتتسع مسافة الخلف بين الفقهاء إلى هذا الحد مع وضوح الأمر إذا رجع إلى الفهم الصحيح ومع هذا فقد اختار أصحاب المجلة العدلية تحليف الشاهد بشرطين: (الأول) الحاح المدعى عليه على الحاكم بتحليف الشاهد (والثانى) أن يكون هناك داع لتقوية الشهادة باليمين، وقد صدر الأمر السلطانى بالعمل بذلك، انظر المادة (١٧٢٧) من المجلة، واللائحة الشرعية اقتبست تحليف الشهود من قانون المرافعات الأهلى.

ومما يناسب ذكره هنا تتميما للبحث ان أسوق خلاصة ما جاء فى تحليف الشاهد قانوناً وما يتصل بذلك، نصت المادة (١٧٢) من قانون المرافعات الأهلى ان الحالف يقول «أحلف» ولكن جرى العمل فى المحاكم الأهليةعلى أن يقول الحالف «والله العظيم» وليس فى القانون ما يحتم هذا، إذا تقرر هذا فقد جاء فى كتاب «الطعن فى

الأحكام بطريق النقض والابرام» لمسيو دوهلس الذى كان مستشارا بمحكمة الاستئناف الأهلية المصرية ما خلاصته قضت المادة ١٤٢ (نص قديم) من قانون تحقيق الجنايات بأن الشاهد الذى تتجاوز سنه أربع عشرة سنة يجب أن يحلف يمينا على انه يقول الحق ولا يشهد بغيره، هذا كل ما قضى به القانون فى هذا الشأن، ولم يقض بوجوب حلف اليمين بصيغة مخصوصة، والقسم بالله ليس بشرط لصحة اليمين فلا يترتب على عدم الحلف بالله أدنى بطلان، وليس فى القانون نص صريح يمنع الشاهد المطلوبة منه اليمين أن يؤديها بالصيغة الآتية: (أقسم انى أقول كل الحق ولا شيء غير الحق) إذا تراءى له ألا يؤديها إلا بهذه الصيغة لأسباب دينية أو فلسفية، غير انه إذا رفض اليمين بالمرة عد هذا منه رفضا لأداء الشهادة، والعقوبة تحق عندئذ لأن أداء الشهادة يستلزم أداءها باليمين أهـ

أقول وإذا ثبت ان لفظ «أشهد» يساوى فى بعض معانيه لفظ احلف فهل إذا أتى به الشاهد مكتفياً به يجزئه عن اليمين القانونية - التى يكفى تأديتها قانونا بلفظ احلف - أمام القاضى القانونى ويكون بذلك غير مخالف للقانون - اذ العبرة للمعانى لا للألفاظ - أو المسألة هنا تعبدية أيضاً؟ فإذا قبلت منه اليمين بلفظ اشهد لأنها تساوى فى المعنى حلف وجدنا أنفسنا أمام أمر غريب هو اكتفاء محاكم القانون فى تأدية الشهادة بلفظ أشهد ووجوب اليمين الشرعية فى محاكم الشرع على الشاهد أخذا بقانونها الحالى.

وقد نصت المادة (٨٦) من قانون الإثبات على أن «على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك».

وجرى قضاء محكمة النقض على أن..

- لئن كان المأثور عند الأحناف وجوب أن يقدم الشاهد قوله بلفظ أشهد بالمضارع، فلا تقبل الشهادة بدونه وان اشتملت على ما يفيد العلم واليقين، اعتبارا بأنه ركن فى الشهادة على قول، أو مجرد شرط عام فى

كل ما يشـهد به أمـام القاضى فى قول آخـر هو الراجح، إلا انه لما كانت العـلة فى إيثار هذا اللفظ فى مـذهب الحنفـية انه أقـوى فى إفادة التـأكـيد من غـيره من الألفـاظ، وانه يتضمن فى ذات الوقت معنى المشاهدة والقسم والأخبار للحال فكأنه يقول «أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به»، وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين، وكأن لا دليل من الكتـاب أو السنة أو من القيـاس والاسـتنبـاط على اشـتـراط أن يكون الأداء بلفظ الشـهادة فضـلاً عن لفظ «اشـهد» بالذات، فـإنه إذا وجدت صيـاغة تفـيد هذه المعـانى جميـعاً، وتكون آكد على يقين الشاهد ومـا يحيطه علمه بغير تردد فـإنها تغنى عن هذا اللفظ وتعتبر بديلاً عنه، وإذا كان لفظ اشهـد يحمل معنى القسم ويتضمن توثيق الكلام بالحلف باسم الله فإن استبدال الحلف بلفظ اشهـد وإستلزام أن يبدأ به قول الشاهد قبل الادلاء بأقواله، واعتبار ذلك أمرا لازما تبطل بدونـه، هو اعتداد بجوهر مذهب الحنفية، وتحقـيقا للغرض الذى يسـتهدفـه من إيجابه، بل هو أكثـر عمقا فى النفـاذ إلى وجدان الشاهد والغوص فى أعـماق ضميـره بتبصيره بما ينطوى عليـه الحلف بالله من وجوب التزام الصدق وتحـرى الحقيقة، وقـد سار المشرع على هذا الدرب متدرجـا فى مختلف المراحل التشريعـية، فبدأ بأن نسـخت المادة ١٧٣ من اللائحة الشرعيـة الصادرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٠٩ اشتراط الـشهادة متوقـعة أن يقرن الشاهد بذكر اللـفظ المشار إليه فخولت القاضى أن ينبهه بقوله أتشهـد بذلك فإن إجابه بالايجاب كان ذلك كافيا، وما لبث أن ألغى هذا النص سنة ١٩٢٥ واستبدل به المادة ١٧٤ من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى شرعت وجوب أن يحلف الشاهد اليمين الشرعية وجعلتها بديلاً من إيجاب ذكر لفظ الشهادة أو تذكير الشاهد، واستمر الشارع فى طريقه القـاصدة فألغـيت هذه المادة ضمن ما ألغى بـالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ اكتفاء بأعمال حكم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات السابق المقابلة للمادة ٨٦ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.(١)

(١) الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٦ق «أحوال شخصية» جلسة ٣١/ ٥/ ١٩٧٨ مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٩ ص١٣٨٣.

الفـــرع الثـــــالث
شـروط المشـهود بـه

يشترط تعريفه بأقصى ما يمكن .

فإذا كان حاضرا بمجلس الحكم عرف بالاشارة إليه.

وإذا كان غائباً فاما أن يكون منقولا أو عقارا، فإن كان منقولا فتعريفه فى الشهادة كتعريفه فى الدعوى (راجع كتاب الدعوى)، وعلى ذلك لو ادعى انه رهن عنده ثوبا أو غصبه منه فشهد الشهود بذلك وقالوا لا نعرف وصف الثوب قبلت شهادتهم، وكان بيان الثوب إلى الغاصب والمرتهن، وكذلك العقار يعرف بحدوده كما فى الدعوى، ولو ذكر الشهود الحدود وغلطوا فى المساحة قبلت شهادتهم وذلك لأن الحدود هى التى يتناولها حسن الشاهد بالمعاينة، وأما مقدار المساحة فإنه يكون بعلم مستفاد من كسب لا يكلفه الشاهد والجهل به أو الخطأ فيه لا يغير موقع العقار، وانظر المادة(١٧٨) ـ (١) من اللائحة الشرعية وجاء فى المادة (١٦٩١) من المجلة وشرحها: إذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وتعهد باراءته وتعيينه فى محل يذهب إلى محله لاراءته بحضور المتداعيين، فإن فعل وأشار إلى الحدود وكانت الحدود التى أشار إليها وأسماء أصحابها موافقة للحدود التى ذكرها المدعى قبلت شهادته أهـ.

أقول: وإذا كان القاضى حاضراً عند العقار المتنازع فيه فإنه يكفى لتعريفه فى الدعوى والشهادة الإشارة إليه (انظر دعوى العقار) وجاء فى المادة (١٦٩٢) وشرحها: إذا ادعى المدعى بالاستناد إلى الحدود التى هى فى السند، وشهدت الشهود بأن العقار المحدود بحدوده فى هذا السند ملكه تصح شهادتهم والمعنى فيه انه أشار إلى معلوم أهـ وانظر تكملة رد المحتار قبيل الشهادة على الشهادة.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى، أن يكون الشاهد عالما بالمشهود به، وذاكرا له وقت الأداء، فلونسى المشهود به لم يجز أن يشهد وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا

(١) الغيت بالقانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ وكان نصها «إذا ذكر الشاهد الحدود وأخطأ فى مقدار المساحة قبلت شهادته».

وضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به، إلا أن الغرض المستهدف هو التعريف لأكثرية الحروف، فحيث تحقق التعريف وثبت لدى القاضى علم الشاهد بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيف اكتفى به وصح الاعتداد بالشهادة. ولما كان البين من الاطلاع على محضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن الطاعن قد تخلف فى جلسة التحقيق عن الحضور، بينما مثلت المطعون عليها وأشهدت شاهديها فى غيبته، وكانت أقوالهما بينة الدلالة على أنها تنصب على الخلاف بين الطاعن والمطعون عليها بالذات وإن لم يصرحا بذكر اسمهما أو نسبهما فإن هذا كاف فى التعريف بهما وتعيينهما تعيينا نافيا لأية جهالة بحيث ينتفى أى احتمال، وإذ ساير الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد التزم النهج الشرعى السليم. (١)

ــ من شروط صحة الشهادة فى المذهب الحنفى، أن يكون الشاهد عالما بالمشهود به ذاكرا له وقت الأداء، فلونسى المشهود به لم يجز له أن يشهد، وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق، ونفس الحق المشهود به، وعلى هذا إذا شهد الشهود على حاضر بعين حاضرة، وجب عليهم لأجل صحة شهادتهم أن يشيروا لثلاثة أشياء، المدعى والمدعى عليه والعين المدعاة لأن الغرض التعريف، والإشارة أقوى سبل التعريف، وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يؤكد اسم المدعى أو المدعى عليه ولا نسبهما، لأنه لا يحتاج مع الإشارة إلى شئ آخر، فإن شهدوا على غائب أو ميت وجب ذكر ما يؤدى إلى التعريف به، ويبين من ذلك أنه يجب أن يكون الشاهد عالما بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق، أما إذا كانت الشهادة تتعلق بحالة شخص من يسار أو فقر فلا يطلب من الشاهد إلا التعريف بهذا الشخص الذى تتصل به وقائع الشهادة المطلوب إثباتها. (٢)

---

(١) الطعن رقم ١٩ لسنة ٥٠ ق احوال شخصية جلسة ١٦/ ٦/ ١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٣٢ ص ١٨٣٤

الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية ــ جلسة ٢٩/ ١١/ ١٩٧٨

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٧٢ قاعدة ١٨٨١.

(٢) الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٣/ ١٢/ ٧٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٣ ص ١٣٧٧

الفــرع الرابــع

فـى عـدم تـكـذيـب الحس للشـهـادة

ومن شروط الشهـادة عدم تكذيب الحس لها، فان كذبها الحس فـلا تقبل ولا يجوز أن يبنى عليها القضاء (٤٣).

وذلك لأن الحس يفيد علما قطعـيا والشهادة تفيد خبـرا ظنيا، والظنى لا يعارض القطعى (وانظر ما تقدم فى مبحث التواتر) (٤٤) وقال فى المجلة وشرحها ما خلاصته: لا تقبل البينة التى أقيـمت على خلاف المحسـوس كالبـينة التى تقام عـلى موت شخص وحـياته مـشاهدة (٣). وعلى خراب دار وهى قائمة يشهد العيان بعمارتها ومن هذا القبيل ما اذا اقيمت البينة بأن هذا المرعى مخصص منذ القديم لمنافع القرية الفلانية وكانت هذه القرية حديثة العهد.

وبالجملة فكما لا تقبـل البينة التى تقام على خلاف المتواتر كذلك لا تقـبل البينة المقامة على خلاف ما يشهد به الحس. أنظر المادتين (١٦٩٧ و١٦٩٨) وانظر الفتاوى المهدية.

---

(١) مادة ٤٠ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية التجارية لا تقبل الشهادة التى يكذبها الحس أو التى تخالف المتواتر.

(٢) وانظر التبصرة فى مستند علم الشاهد ففيها تفصيل جيد له اتصال بهذا الموضوع.

(٣) ومما يناسب ذكره هنا ــ والحـديث شجون ــ مـا نقلته صحيفة الأهرام فى عـددها (١٣١٥٩، ٢٣ يونية سنة ١٩٢٠ قالت تحت عنوان (مـيت رسميا) قـال مراسل جريدة الديلى ميل فى نيـويورك ان أحد الموظفين فى سكة حدى شـيكاغو جاء إلى نيويورك لتـسلم جثته التى أصـرت وزارة الحربية على احضارها مـباشرة فى مقبـرة شاتوبيرى بفرنسـا. وتفصيل الخبر ان ذلك الموظف المدعو فيلـيب كان فى الجيش الأمريكى المحارب فى فرنسا فاصيب بجـرح بليغ فى شاتوتييرى فى ٢٨ يولية سنة ١٩١٨ فنقل إلى وطنه حـيث عولج وشفى. ثم تلقى والده منذ ثلاثة أسابيع اعـلانا رسيما بأن جـثة ابنه قد شحنت إلى امريكا مباشرة وأن يستعد لتسلمها. فأرسل فيليب إلى وزارة الحربية بأن إعلان وفـاته غير صحيح فلم تقبل، واضطر بعد ذلك الى ان يذهب بنفسه إلى وزارة الحربية لاقناع الموظفين بأنه لايزال على قيد الحياة فذهبت مساعية سدى. ولم تكتف تلك الوزارة باصـرارها على انه ميت بل اصـرت ايضا على تسليم والده الجثـة الآتية من فـرنسا ورفض والده مرتين ان يتسلم المبلغ المؤمن به على حياة ابنه وكان ابنه هذا فى فصـيلة عددها (٢٢٥) جنديا اشتبكت فى معركة ولم ينج منها سوى أربعة جنود أ هـ.

أقول: اذا صحت هذه الحكاية فهى إحدى روايات قراقوش التى يرويها عنه العامة فى مصر وقد استفدنا منها أن الحس اذا عارض الرسميات صدقت الرسميات وكذب الحس.

لكن الذى يظهر لى أن الأمر اشتبـه على كاتب البلاغ الرسمى بموت فيليب ودواعى الاشتباه قائمـة ومتوافرة وذلك لعدم معرفة أشخاص الجند معرفة صحيحة والأمر مضطرب والهول عظيم مما يجعل قوائم القتلى والجرحى والمفقودين عرضة للخلل والعطل. ولكن كان يجب بعد ظهـور الحقيقة لوزارة الحربية ألا تصر على الخطأ وتتـمادى فى انكار الأمر المشاهد المحسوس.

أقول ومما ينبغى أن يلتحق بهذا ما اذا دل الحساب على عدم إمكان رؤية الهلال الليلة لأنه يغرب قبل غروب الشمس فشهد شاهد بأنه رآه بعد الغروب فيجب ان ترد شهادة ذلك الشاهد لكذبها بيقين، وذلك لانضباط الحساب وعدم تطرق الخلل والشك اليه كما يعلم ذلك العارفون به. وهذا وان لم يكن من العلم المستفاد بالضرورة هو من العلم المدرك بالنظر والاستدلال، كالعلم بأوقات الكسوف والخسوف ومدة كل منهما واشكالهما وكالعلم بأن مجموع زاويا المثلث يساوى قائمتين،

وان مما امتاز به ديننا الحق أنه ليس فيه ما يتعارض مع قضايا العقل. وبالجملة لا ينبغى ان يرجح الظن كيفما كان على القطعى ولو كان القطعى رسميا فلا يرجح على الحس ولا على التواتر.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الشهادة كطريق من طريق الثبوت فى فقه الحنفية تعد تعبيرا عن الواقع وتأكيدا لثبوته دون ان تقلب الحق باطلا أو تحيل الباطل حقا، فان شرطها ان تكون مطابقة للوقائع المادية، فلا تكذبها الأمور المحسوسة أو تخرج عن تلك الحقائق الثابتة، فان كذبها الحس فلا تقبل ولا يجوز ان يبنى عليها قضاء اعتبارا بأن الحس يفيد علما قطعيا والشهادة تفيد خبرا ظنيا والظنى لا يعارض القطعى. (١)

---

(١) الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية ـ جلسة ٢٩/ ١١/ ١٩٧٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ ص ١٨٢٦

طعن ١٣ سنة ٤٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٢/ ١١/ ١٩٧٥

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٧١ قاعدة ١٨٨٠. ص ٦٧٢ قاعدة ١٨٨٢.

الفرع الخامس

الشروط الخاصة فى الشهادة

ومن شروط الشهادة

١ـ تقدم الدعوى فى حقوق العباد لأن حقوق العباد تتوقف على طلبهم مباشرة أو بالانابة، وأما حقوق الله تعالى فان الشهادة تقبل فيها على وجه الحسبة بلا سبق دعوى، وذلك لوجوب اقامتها على كل إنسان أنظر دعوى الحسبة.

٢ ـ تعذر حضور الأصل فى الشهادة على الشهادة. وسيأتى.

٣ـ عدم التقادم فى الشهادة على الحدود إلا حد القذف. فاذا شهدوا بما يوجب الحد كالزنا والشرب وقد تقادم العهد ولم يكن للشهود عذر يمنعهم من أداء الشهادة فى وقتها كمرض أو بعد مسافة أو خوف طريق لا تقبل الشهادة للتهمة الا فى الشهادة على القذف. أما وجه عدم قبول الشهادة على ما يوجب الحد مع التقادم وعدم العذر فهو ان الشاهد مخير فى الأصل بين أداء الشهادة والستر فتأخيره للشهادة ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الأداء بعده يكون لعداوة حركته فيتهم فيها، وان لم يكن لاختيار الستر كان فاسقا بالتأخير، فوجد المانع من قبول الشهادة فى الحالتين، ولا يقال إنه لا يصير فاسقا الا اذا كان الأداء واجبا عليه وليس الأمر كذلك هنا، لانا نقول ان سقوط الوجوب انما هو لأجل الستر، فاذا أدى لم يوجد موضع الرخصة المسقط للوجوب . وأما قبول الشهادة مع التقادم على القذف فلأن فيه حق العبد وهو دفع العار عنه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى، ولأن تقدم الدعوى فيه شرط فيحمل تأخير الشهادة على عدم الدعوى، وهذا لا يوجب التفسيق. ولا يرد على هذا السرقة لأن فيها أمرين الحد وهو خالص لله تعالى والمال وهو حق العبد، فالشهادة عليها مع التقادم توجب المال لكن يسقط الحد وقد استشكل ذلك فى البحر فقال: إن شهادة الشهود انما لم تقبل على السرقة مع التقادم للتهمة، ولا شهادة للمتهم ولو بالمال. فكان الظاهر ألا يقضى بالمال أيضا، ثم قال. الا أن يقال ان التهمة غير محققة وانما الموجود الشبهة المسقطة للحد أ هـ.. قال فى رد المحتار: أى انما سقط الحد لاحتمال العداوة وذلك غير محقق لكنه يصير شبهة يسقط بها الحد دون المال أ هـ.

والحاصل أن حد القذف لحق العبد ولحق الله تعالى وان كان حق الله فيه أغلب.
وأما حد السرقة (١) والزنا والشرب فهو خالص لله تعالى وليس للمسروق منه حق في الحد وانما حقه في المال فقط. أقول: كما ان حد القذف لابد أن تتقدمه الدعوى من المقذوف كذلك حد السرقة لابد أن تتقدمه الدعوى من المسروق منه طلبا لماله ويأتي الحد تبعا وضمنا. أفلا يعذر الشاهد في كلتا الحالتين على السواء اذا لم يدعه من له حق اقامة الدعوى الى الشهادة حتى مضى زمن طويل على القذف والسرقة؟

وقد اختلف في تحديد التقادم فعند أبي حنيفة رحمه الله ان ذلك مفوض الى رأى القاضي في كل عصر، وعن محمد رحمه الله انه مقدر بشهر. وهو مروى عن الشيخين رحمهما الله، وعنه أيضا انه مقدر بزوال الرائحة في الخمر. وما أحسن ما قاله الحموى وألصقه بالصواب: ان المدار في التأخير على التمكن من الشهادة عند القاضي، ولا يتقيد ذلك بأى زمن كان أ هـ وأما تأخير الشهادة في حقوق العباد بغير عذر ظاهر فقد قال شيخ الإسلام خواهر زاده: لا تقبل الشهادة لتمكن الشبهة فانه يحتمل أن تأخير الشاهد شهادته كان لاستجلاب الأجرة وقال الكمال الوجه أن الشهادة تقبل ويحمل التأخير على عذر أو نسيان، ورجح ابن الشحنة قول شيخ الإسلام لفساد الزمان. هذا وقد قال فقهاؤنا في الشهادة على الحدود ان الشاهد مخير بين الستر والاظهار لأنه بين حسبتين، اقامة الحد الذى يخلو به العالم من الفساد أو يكاد، والتوقي من الهتك قالوا والستر أفضل لأنه مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة، لكن ان كان المشهود عليه متهتكا لا يبالى فأداء الشهادة أفضل.

٤ــ ويشترط في الشهادة على الارث شروط

(الأول) الجر وهذا قول الطرفين خلافا لأبي يوسف. قال في الفتح: اختلف علماؤنا في انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت ــ على الجر والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم: مات وتركها ميراثا لهذا المدعى فعند أبي يوسف لا، وعند أبي حنيفة ومحمد نعم. وجه قول أبي يوسف أن ملك المورث

---

(١) جعل في الفواكة البدرية حد السرقة من الحدود المشتركة كحد القذف وهذا غلط نشأ من اشتباه الأمر عليه.

ملك الوارث لأنه يصير ملكة خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا اذا كان المورث مغرورا، فالشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث فلا حاجة الى أمر زائد يشترط القضاء به له، ووجه قولهما ان ملك الوارث ملك متجدد فى العين الموروثة بدليل انه يحل للوارث الغنى ما كان تصدق به على المورث الفقير ولو كان زكاة أو كفارة، فلابد من أن يذكر الشاهدان الجر والانتقال، غير انه لا يشترط ذكر ذلك نصا، بل اما نصا كقولهما مات وتركها ميراثا له، أو يشهدان بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقام الملك وهو اليد وقت الموت كأن يقول الشاهد ان تلك الدار كانت ملكا للمورث عند موته أو يقول إنها كانت لأبيه «مثلا» أعارها أو أودعها الذى هى فى يده وذلك لأن يد المستعير والمودع وكذا المستأجر كيد المعير والمؤجر والمودع.

قال فى الفتح وقد طولبا بالفرق بين هذا وما إذا شهد لمدعى ملك عين فى يد رجل بأنها كانت ملك المدعى أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وأن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن. وكذا إذا شهدا لمدعى عين فى يد إنسان انه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج إلى بينة على ملكه، فإذا شهدا بملكه قضى للمشترى به وان لم ينصا على أنه ملكه يوم البيع، وهذه أشبه بمسألتنا، فإن كلا من الشراء والأرث يوجب تجدد الملك. والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت بالاستصحاب حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات مالم يكن، وهو المحتاج إليه فى الوارث بخلاف مدعى العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده، وبخلاف مسألة الشراء فان الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وأن كان لابد لثبوت ملك المشترى من بقائه لأن الشراء آخرهما وجوداً وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافاً إلى الشراء وهو ثابت بالبينة. أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكاً للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سبباً موضوعاً للملك بل عنده يثبت الملك للوارث ان كان للمورث مال فارغ عن تعلق الحقوق به أه. وأنظر المادتين «١٨٠ و١٨١» من اللائحة الشرعية فانهما تتخرجان على هذا الأصل المذكور هنا، وقد كان يخطئ فى فهم هذه المسألة كثير من القضاة فوضعت المادتان لأجل ذلك وأنظر المذكرة الإيضاحية للائحة سنة ١٩١٠ وشرح اللائحة فى مقارنة المادة «١٨١» بالمادة «٩٨»

ودفع الإشكال. ومما ذكروه هنا استطراداً مسـألة صورتها. أنه إذا كانت دار فى يد رجل فادعى آخـر انها له وأقام بيـنه انها كانت فى يده لم تقـبل وهذا قول الطرفـين وقول أبى يوسف فى ظاهرة الرواية. وعن أبى يوسف أنـها تقبـل لأن اليد مقـصودة كـالملك، ولو شهدا فى هذه الصـورة انها كانت ملكاً للمدعى تقبل وذلك استـصحاباً لملكه إلى وقت الدعوى كما قدمنا، فكذا هنا استصحـاباً ليده إلى وقت الدعوى، وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه فـانه يقضى بالرد بهذه الشهـادة. ووجه الظاهر أن الشهادة مع كـونها بيد منقضية شهادة بمجهول لأن اليـد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجـهالة فـتعذر القـضاء بمجهـول بخلاف مـثلها فى الميت لأنه لزم أحدهـا بعينه بالموت وهو يد الملك كمـا تقدم فأمكن القـضاء وبخلاف الأخذ فـان له موجباً مـعلوماً وهو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه. قال عليه السلام «على اليد مـا أخذت حتـى ترد» فيقـضى به. انتهى من الفـتح ولهذه المسألة بقـية ذكـرتها فى دعوى الرجلين ملكاً مطلقاً.

(الثانى) سـبب الوراثة الخاص بأن يقول هو ابنه وأخـوه لأبيه وأمه أو لأبيـه فقط أو لأمه فقط الخ. ولابد للشـهود من ذكر نسب الميت والوراث حتى يلتقـيا فى أب واحد، فلو كان الوارث أخـا كفى ذكر الأب مع نسـبه لأجل تعريفـة، ولو كان عمـا لأب مثل فلابد من ذكر الجد كذلك وهكذا والغرض تعريف الوارث تعريفا يميزه عن غيره ويبين للقاضى أنه وارث حقيقة لتبيين نصيبه من الميراث

(الثـالث) قول الشـاهد لا وارث له سوى من ذكـر أو لا أعلم له وارثا سوى مـن ذكر وهذا الشرط لاسـقاط التلوم أى الانتـظار، بيان ذلك انه اذا كـانت عين (مثـلا) فى يد زيد فادعى بكر انها ملك له بطريق الارث من أبيه أو ادعاها جماعة كذلك وبينوا سبب الوراثة بيانا تاما فانكر المدعى عليه انهم ورثة فلان فشـهد بذلك الشهود ولم يحصروا الارث فيهم فان القاضى لا يقـضى لهم فى الحال بل ينتظر فان لم يظهر للمـيت وارث آخر قضى لهم بتلك العين، ولا يكفل عند أبى حنيفة فى المسألتين يعنى فيما اذا قالا لا وارث له غيره أو لا نعلمه. وعندهمـا يكفل فيهـما. ومدة التلوم مفـوضة الى رأى القاضى، وقيل حـول وقيل شهر (أنظر تكملة رد المحتار). واذا أثبت أحد الزوجين الوراثة ببينة ولم يثبت انه لا وارث له غيره فعند أبى حنيـفة ومحمد يحكم لهما بأكثر النصـيبين بعد التلوم، وعند أبى يوسف

يحكم لهما بالأقل احتياطا فيحكم للزوج بالربع وللزوجة بالثمن. أما لو قال الشهود لا وارث للمتوفى غير هؤلاء فان القاضى لا ينتظر بل يقضى لهم فى الحال. وهذا معنى قولهم ان هذا شرط لاسقاط التلوم لا لصحة القضاء. وقد بين فى شرح أدب القاضى هذه المسألة مفصلة وفرعها الى ثلاثة أنواع ولخصها فى التكملة بما نصه: ان الوارث ان كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأجل القضاء، وان كان يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر وان كان وارثا دائما ولا ينقص بغيره فذكر شرط للقضاء حالا بدون تلوم أ هـ. وانظر الفتح والمبسوط.

قال فى المبسوط: ولست أكفلهم فى المواريث انه لا وارث له غيره وقال ابن أبى ليلى رحمه الله: مالم يشهدوا بذلك لا يقضى القاضى بالميراث له لأن سبب استحقاقه لا يصير معلوماً للقاضى إلا به لجواز أن يكون هناك من يزاحمه أو يترجح عليه فلا يكون هو وارثاً مع ثبوت مافسر الشهود من السبب. ولكننا نقول: قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضى أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططاً وحملهم على الكذب. وإليه أشار فى الكتاب فقال من قبل إن هذا عنت يحملهم القاضى عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعملون. وان قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فهذا يكفى — وعلى قول أبى ليلى رحمه الله لا يكفى لأن هذا ليس من الشهادة فى شئ فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون، وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضى لا يعلم. ونحن نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث له بالسبب الذى أثبته الشهود مفسراً إلا أنهم إذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضى أن يتلوم فربما يظهر وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه، فهم بهذا اللفظ كفوا القاضى مؤونة التلوم ونظروا فى ذلك لأنفسهم فتحرزوا عن الكذب والمجازفة إلى آخر ما قال.

(الرابع) ان يدرك الشاهد الميت والا كانت الشهادة باطلة لعدم معاينة السبب لأنها شهادة على الارث لا على النسب.

٥- ومن شروط الشهادة أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له لأنه بدون ذلك لا يمكنه أن يؤدى الشهادة على وجهها وأنظر ما تقدم.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن من شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به، وذاكراً له وقت الأداء، فلو نسى المشهود به لم

يجز أن يشهد، وأن يكون المشهود به معلوماً حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به(1).

– الشهادة على الأرث وجوب بيان أن المورث ترك ما يورث عنه شرعاً(2).

– فقه الحنفية على أن لقبول الشهادة على الإرث لابد من ذكر سببه وطريقه فاذا شهدوا أنه أخوه أو ابن عمه لا تقبل حتى يبينوا طريق الأخوة والعمومة بأن يبينوا الأسباب الموروثة للميت «وينسبوا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد»(3).

– الشهادة على الإرث فى فقه الحنفية. شروط قبولها. بيان الشاهد سبب الإرث وطريقه ونسب مدعى الإرث حتى يلتقى مع الميت فى أب واحد. عدم اشتراط ذكر اسم الجدة الجامعة كاملاً. كفاية التعريف بها(4)،(2).

– إن ما يشترطه بعض الفقه الإسلامى فى الشهادة على الإرث وجوب قول الشاهد «الا وارث له سوى ما ذكر» أو «لا أعلم له وارثاً غيره»، ليس شرطاً لصحة الشهادة وإنما هو شرط لتلوم القاضى فى قضائه، أى تريثه وانتظاره. عسى أن يظهر للميت وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه، متى لم يحضر الشهود الإرث فيمن شهدوا لهم به، ومدة التلوم غير محددة ومفوضة إلى رأى القاضى إن شاء تريث وإن شاء حكم دون رقابة عليه فى قضائه فى هذا الشأن، وإذ كان الثابت فى محضر التحقيق أن شاهدى المطعون عليها قد حصروا الإرث فى الطاعنة والمطعون عليهم وكفيا القاضى مؤونة التلوم فإن النعى عليه فى قضائه غير وارد(5).

---

(1) الطعن رقم 15 سنة 51 ق أحوال شخصية جلسة 15/ 6/ 1982 مجموعة المكتب الفنى السنة 33 ص781، ، الطعن رقم 103 سنة 63 ق أحوال شخصية جلسة 27/ 1/ 1997 مجموعة المكتب الفنى السنة 48 ص228، ، الطعن رقم 19 سنة 50 ق أحوال شخصية جلسة 16/ 6/ 1981 مجموعة المكتب الفنى السنة 32 ص1834.

(2) طعن رقم 22 سنة 43 ق «أحوال شخصية» جلسة 12/ 5/ 81 مجموعة المكتب الفنى السنة 32 ص426.

(3) الطعن رقم 13 لسنة 33 ق أحوال شخصية- جلسة 4/ 1/ 1967. والطعن رقم 34 لسنة 39 أحوال شخصية- جلسة 17/ 4/ 1974. والطعن رقم 16 لسنة 50 ق أحوال شخصية- جلسة 16/ 6/ 1981. مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص687 قاعدة 1936.

(4) الطعن 43 سنة 48 ق أحوال شخصية جلسة 20/ 1/ 1981، الطعن رقم 16 سنة 50 ق أحوال شخصية جلسة 16/ 6/ 1981، الطعن رقم 489 لسنة 65ق «احوال شخصية» ، جلسة 8/ 3/ 2003

(5) الطعن رقم 38 سنة 50 ق أحوال شخصية جلسة 29/ 12/ 1981.

ان ما يشترطه بعض الفقه الإسلامى فى الشهادة على الإرث وجوب قول الشاهد «ألا وارث له سوى ما ذكر» أو «لا أعلم له وارثاً غيره»، ليس شرطاً لصحة الشهادة وانما هو شرط لتلوم القاضى فى قضائه، أى تريثه وانتظاره، عسى ان يظهر للميت وارث اخر مزاحم له او مقدم عليه، متى لم يحصر الشهود الارث فيمن شهدوا لهم به، ومدة التلوم غير محددة ومفوضة الى رأى القاضى ان شاء تريث وان شاء حكم دون رقابة عليه فى قضائه فى هذا الشأن، واذ كان الثابت فى محضر التحقيق أن شاهدى المطعون عليها قد حصرا الارث فى الطاعنة والمطعون عليهم وكفيا القاضى مؤونة التلوم فان النعى عليه فى قضائه غير وارد(٦).

- إذا كانت دعوى المطعون عليها دعوى إرث بسبب البنوة وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية، وكان موضوع النسب مطروحا فيها باعتباره سبب استحقاق الإرث وكأن المشرع لم يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ لا تأثير له شرعا على دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية رغم التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فإنه لا تثريب على الحكم إن هو أطرح ما قدمه الطاعنون من أوراق بعد قيام الدليل- البينة- على ثبوت النسب المتنازع عليه لأن قيام الحقيقة التى اقتنع بها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه(٧).

---

(٦) الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية- جلسة ٣١/ ٥/ ١٩٧٨. مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٦٨٨ قاعدة ١٩٣٩.

(٧) الطعن رقم ٨ سنة ٤٤ أحوال شخصية جلسة ٢١/ ١/ ٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص٢٧١.

الفصل السادس

شروط الشاهد العامة والخاصة

شروط الشاهد تنقسم إلى قسمين:

عامة وهى ما تشترط فى الشاهد فى جميع الأحوال.

وخاصة وهى ما تشترط فى بعض المواضع دون البعض بناءً على اعتبارات شرعية.

الفرع الأول

الشروط العامة

والشروط العامة ترجع إلى ثلاثة أصول:

الأول: كون الشاهد من أهل الولاية على غيره.

الثانى: اتصافة بما يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب وذلك بالعدالة وألا يتصف بما يخل بالمروءة.

الثالث: انتفاء التهمة عنه فى شهادته،

ويشترط مع هذا أن يكون ناطقاً وبصيراً.

المبحث الأول

كون الشاهد من أهل الولاية على غيره

يشترط فى الشاهد أن يكون عاقلاً بالغاً حراً.

الشرط الأول العقل: وهو شرط عند التحمل وعند الأداء لأنه يترتب على عدمه عدم الضبط وانتفاء الثقة بما خبر به وفقد الولاية.

وهو شرط لازم فى جميع التصرفات.

الشرط الثانى: البلوغ (1): وهو شرط للأداء وليس شرطاً للتحمل كما تقدم، وإنما اشترط عند الأداء لأن الشاهد يلزم القاضى بأن يقضى بما شهد به، وهذا الالزام من باب الولاية ولا ولاية للصبى «وسيأتى ما يوضحه» وأما أهلية التحمل فبالضبط والضبط يثبت للصبى المميز كما يثبت للبالغ وعدم قبول شهادة الصبى هو مذهبنا وفيه خلاف مالك رحمه الله.

«٤٨» يلاحظ أن البلوغ شرعاً بالنسبة للغلام قد يبدأ من اثنتى عشرة سنة وبالنسبة للأنثى قد يبدأ من تسع سنين وقد يتأخر فى كليهما إلى خمس عشرة سنة أو أكثر «أنظر الأحوال الشخصية» والشهادة المقبولة شرعاً شرطها البلوغ الشرعى فمتى تحقق الشرط صحت الشهادة. وأما فى القانون فقد حدد ذلك بالزمن وقد يتفقان وقد يختلفان، والظاهر أن المحاكم الشرعية ترجع إلى الشرع بالنسبة إلى بلوغ الشاهد فلا تسه عن هذا.

تنص المادة ٦٤ من قانون الإثبات: لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة. على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال.

ونص المادة ٣٨ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية:

١- يشترط فى الشاهد أن يكون أهلاً لأداء الشهادة.

٢- ويكون أهلاً لأداء الشهادة من كان بالغاً خمس عشر سنة. عاقلاً حافظاً عدلاً.

٣- ويجوز أن تسمع أقوال من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة بغير يمين وعلى سبيل الاستدلال.

- وراجع ما تقدم من أحكام محكمة النقض فى هذا الخصوص عند الكلام عن أداء الشهادة «الفرع الأول من الفصل الرابع»

قال فى التبصرة ما خلاصته: يجوز قبول شهادة الصبيان فى الجراح والقتل على قول مالك ولا تجوز فى شئ من ذلك على قول ابن عبد الحكم. وقال أشهب تجوز فى الجراح دون القتل.

فالمنع هو الأصل وإليه ذهب الشافعى وأبوحنيفة، والجواز لعلة الاضطرار إذ أهملوا لأدى إلى ضرر كبير وهدر جنايات تعظم.

وقد حكى جواز ذلك عن جماعة من الصحابة وغيرهم: منهم على وعروة ابن الزبير وشريح وأبوبكر بن حزم وربيعة ومعاوية. واشترط لجواز قبولها أحد عشر شرطاً: منها أن يكون الشهود ممن يعقلون الشهادة، وأن تكون الشهادة فيما بين الصبيان لا لكبير على صغير ولا لصغير على كبير وأن تكون الشهادة قبل تفرقهم، وأن تكون متفقة غير مختلفة، وأن تكون فى القتل أو الجرح على ما تقدم أ. هـ.
وقال الإمام ابن القيم فى أعلام الموقعين: قد اتفق العلماء على ان مواضع الحاجات يقبل فيها من الشهادات مالا يقبل فى غيرها من حيث الجملة وان تنازعوا فى بعض التفاصيل. وعلى ذلك عمل الصحابة وفقهاء المدينة بشهادة الصبيان على تجارح بعضهم بعضاً فان الرجال لا يحضرون معهم فى لعبهم ولو لم تقبل شهادتهم لضاعت الحقوق وتعطلت وأهملت مع غلبة الظن أو القطع بصدقهم، ولا سيما إذا جاءوا مجتمعين قبل تفرقهم ورجوعهم إلى بيوتهم وتواطؤا على خبر واحد وفرقوا وقت الأداء واتفقت كلمتهم فان الظن الحاصل حينئذ من شهادتهم أقوى بكثير من الظن الحاصل من شهادة رجلين وهذا مما لا يمكن دفعه وجحده فلا تظن بالشريعة الكاملة الفاضلة المنتظمة لمصالح العباد فى المعاش والمعاد أنها تهمل مثل هذا الحق وتضييعه مع ظهور أدلتهم وقوتها وتقبله مع الدليل الذى هو دون ذلك «٢» ونظير

«٢» وشهادة القاصر المميز الذى سنه أربع عشرة سنة فما دونها تقبل قانوناً على سبيل الاستدلال فقط لذا لا يحلف اليمين. أنظر المادة «١٩٩» مرافعات وفى كتاب المرافعات المدنية والتجارية للأستاذ محمد حامد فهمى صفحة «٥٨٣» أن للمحكمة أن تأخذ بشهادة قاصر سمعت أقواله على سبيل الاستدلال أ هـ وظاهرة أن هذه الشهادة لابد أن تكون مؤيدة بالقرائن.

ذلك قبول شهادة النساء منفردات فى الأعراس والحمامات والمواضع التى تنفرد النساء بالحضور فيها، وذلك للمعنى المتقدم أ هـ. ملخصا.

الشرط الثالث الحرية: وذلك لأن أهلية الأداء بالولاية كما تقدم ولا ولاية للعبد بخلاف التحمل. وعدم قبول شهادة العبد مذهب أصحابنا ومالك والشافعى. وقد استبعد الكمال بن الهمام فى فتح القدير عدم قبول شهادته وكذلك ابن القيم فى أعلام الموقعين فانه قال: إن حكم النبى صلى الله عليه وسلم بشهادة الأمة الواحدة على فعل نفسها يتضمن قبول شهادة العبد. وقد حكى الإمام أحمد عن أنس بن مالك إجماع الصحابة على قبول شهادته فقال: ما علمت أحداً رد شهادة العبد، وهذا هو الصواب فانه إذا قبلت شهادته على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حكم يلزم الأمة فلأن تقبل شهادته على واحد من الأمة فى حكم جزئى أولى وأحرى وإذا قبلت شهادته على حكم الله ورسوله فى الأبضاع والدماء والأموال فى الفتوى فلأن تقبل شهادته على واحد من الناس أولى وأحرى. كيف وهو داخل فى قوله تعالى: «واشهدوا ذوى عدل منكم» فانه منا وهو عدل وقد عدله النبى صلى الله عليه وسلم بقوله: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله» وعدلته الأمة فى الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والفتوى. وهو من رجالنا فيدخل فى قول عمر بن الخطاب. والمسلمون عدول بعضهم على بعض. وهو صادق فيجب العمل بخبره وألا يرد، فان الشريعة لا ترد خبر الصادق بل تعمل به. وليس بفاسق فلا يجب التثبت فى خبره وشهادته، وهذا كله من تمام رحمة الله وعنايته بعباده وإكمال دينهم لهم واتمام نعمته عليهم بشريعته لئلا تضيع حقوق الله وحقوق عباده مع ظهور الحق بشهادة الصادق. ولكن إذا أمكن حفظ الحقوق بأعلى الطريقين فهو أولى كما أمر بالكتاب والشهود لأنه أبلغ فى حفظ الحقوق أ هـ «٣».

«٣» قارن هذا بما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفى من أن القاضى لو حكم فى حادثة حكماً نهائياً ثم ظهر أن الشهود عبيد بطل القضاء لأنه مبنى على باطل.

أقول أنظر مـا كتبـه القرافى فى الفروق بين الـشهادة والرواية وقـارنه بما قاله ابن القيم هنا لعله يظهر لك وجه الصواب.

المبحـــث الثـانـى

اتصاف الشاهد بما يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب:

١ ــ العـــــدالة

معنى العدالة فى اللغة الاستقامة وأحسن ما قيل فى تعريف العدل اصطلاحاً ماروى عن أبى يوسف: العدل هو من لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة، ويكون ستره أكثر من هتكه، وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة أ هـ.

والعدالة شرط وجوب القضاء على القاضى لا شرط صحته ونفاذه، فلو قضى بشهادة فاسق نفذ قضاؤه لوجود أهلية الشهادة وهى الولاية، لكنه يكون آثماً «كما فى الدر نقلاً عن الفتح، وعبارة الفتح: وكان عاصياً» لأن فى قبول شهادة الفاسق اكراماً له وقد أمرنا بخلاف ذلك فى حديث: إذا لقيت الفاسق فألقه بوجه مكفهر «أى شديد العبوسة» وقيد فى الدر نفاذ القضاء بشهادة الفاسق بأن يغلب على ظن القاضى صدق الشاهد. قال وهو مما يحفظ..

ونقل فى تكملة رد المحتار عن جامع الفتاوى ان القاضى إذا تحرى الصدق فى شهادة الفاسق تقبل وإلا فلا. وعن أبى يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجهاته ويمتنع عن الكذب لمروءته أ هـ. قال فى الفتح: هذا تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل أ. هـ

قال فى البحر ما خلاصته: إن كان المراد بالنص قوله تعالى «واشهدوا ذوى عدل منكم» فدلالته على عدم قبول غير العدل إنما هو بالمفهوم وهو غير معتبر عندنا. وان كان المراد بالنص قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا» فليس فيه ما يمنع قبول شهادة الفاسق لأنه أمر بالتبين أو التثبيت ولم يأمر بالرد فاذا تبين القاضى وتحرى وغلب على ظنه الصدق فى الشهادة جاز له أن يحكم وكان عاملاً بالنص لا مخالفاً له.

والحاصل ان الشهود إذا كانوا عدولاً فالقاضى ملزم بالقضاء بشهادتهم وان كانوا فساقاً فالخيار له فى القضاء. وظاهر القول إنه لو تحرى وتثبت ثم حكم لا يكون آثماً ولا عاصياً خلافاً للفتح والدر وقد تعرض الفقهاء لبيان من لا تقبل شهادته لفسقه أو لعدم مروءته ولم أر حاجة لإيراد شيء من ذلك هنا فمن شاء فليراجعه فى الكتب الفقهية.

قال فى ظفر اللاضى: لا وجه لقبول من ليس بعدل فان اعتبار العدالة أمر نطق به الكتاب العزيز والسنة المطهرة ومع ذلك فهو مجمع على اعتبارها كما حكى ذلك غير واحد. والاختلاف فى تحقيق مفهومها وبيان ماهيتها لايخرجها عن كونها معتبرة بالنص والاجماع، ولا اختلاف بين المتكلمين فى اعتبار العدالة انها غير معتبرة فى الاخبار المفيدة للتواتر. وها هنا بحث لشيخنا وبركتنا الشوكانى ينبغى التنبه له وأمعان النظر فيه، وهو أن كثيراً من القرى التى يسكنها جماعة من الحرائثين المعروفين الآن بالقبائل قد لا يوجد فى القرية الواحدة وان كثر الساكنون بها من يستحق أن يطلق عليه اسم العدل قط بل يكون أكثر أهلها ان لم يكونوا كلهم متساهلا فى الايقان بأركان الإسلام كالصلاة والصوم ونحوها وأن صلى مثلاً وفعل صلاة لا يحسن لها ذكراً ولا يقيم لها ركناً، بل كثير منهم لا يحسن النطق بكلمة الشهادة فكان حالهم فى ذلك ظلمات بعضها فوق بعض ثم يقع بينهم التظالم فى الدماء والأموال وليس فيهم عدل معتبر فى الشهادة ولا يحضرهم عدل من غيرهم فيترافعون إلى حكام الشريعة ونحن نعلم انهم لا يتورعون عن منكر من المنكرات ولا يتوقفون عند حد من حدود الشرع ويقدمون على الإيمان الفاجرة وعلى شهادات الزور، فماذا يصنع الحاكم عند ترافعهم إليه؟ ان وقف على اعتبار العدالة فى الشهود وعلموا ذلك منه سفكوا الدماء وهتكوا الحرم وأكل بعضهم أموال بعض وهم فى أمن من أن يقبل عليهم شاهد أو يلتفت إلى أخبار محبر. بل غاية ما هناك أن الحكم يسد باب البينة والاخبار إذ لا عدل معتبر ولم يبق إلا تحليف الخصم الذى علم كل عالم بحاله ان اليمين الفاجرة أهون شيء عليه وأيسر أمر عنده. ولو يسمعون على كثرتهم وتطبيقهم لهذه الديار اليمنية بأنه ليس على من قتل نفساً أو أخذ مالاً أو هتك حرمة إلا اليمين لكان ذلك من أعظم البواعث لهم على الإفراط فى ذلك والتهافت عليه والتتابع وحينئذ يفتح لهم باب شر لا يغلق وتضرم فيهم نار فتنة لا تنطفىء أبداً وهذه الشريعة المطهرة من عرفها حق معرفتها وجدها مبنية على جلب المنافع ودفع المفاسد، واعتبار هذا الأصل العظيم وشواهده من الكتاب والسنة كثيرة جداً تحتمل مؤلفاً مستقلاً. فان قال الحاكم المترافع إليه هات البينة التى معك ثم سمعها واستكثر من عددها حتى تلوح له إمارات الصدق أو يبلغ إلى حد التواتر كان ذلك أقرب إلى اعتبار جلب المصلحة الشرعية ودفع المفاسد المخالفة للشرع وأزجر لهؤلاء العوام عن انتهاك

الحرم وسفك الدماء ونهب الأموال فان جاء المدعى بما يفيد ذلك ويتضح به الصواب فبـها ونعمت وان لم يأت بذلك رجع إلـى اليمين الشـرعيةالتى لا يعـتبر فى قطعـها للحق كون صـاحبهـا غير فـاجر لا يتورع عن اليـمين الفاجرة، وكـان فى ذلك زجر للعصاة وأهل الجسارة عن أن يسفكوا الدمـاء وينتهبوا الأموال ويهتكوا الحرم، وليس فى الإمكان ابدع مما كان. انتهى بحروفه.

وأقول إذا وصل الأمـر إلى اليمـين فقد جـاء الفرج للمـدعى عليه مـا دام القوم على الحال التى وصفها آنفاً فالأولى التماس الحيلة فى الوصول إلى الحق بما تجيزه السياسة الشـرعيـة درءاً للفسـاد فى الأرض، ولكل قـوم من ذلك ما ينـاسبـهم على حسـاب مـايلائم أحوالهـم ويكفل دفع شرهـم واستـتبـاب الأمن بينهم، وأنـظر ما تقـدم فى صفحة ٣٨ ففيه مثال لذلك.

هذا وقد عقد ابن فـرحون فى تبصرته باباً فى القضاء بشهادة غـير العدول للضرورة وضمنه بحوثاً جيدة وهو موافق فى المعنى لما قدمناه آنفاً عن الإمام الشوكانى.

أقـول ولم لا يضم إلى هذا الاعـتـمـاد على الـقرائـن والملابسـات حـتى يتكون للقاضى رأى تسكن إليه نفسه يمكنه إلى تقرير الدليل.

وجرى قضاء محكمة النقض على ان ..

من الأصول المقررة فى المذهب الحنفى تحقق عـدالة الشاهد مالم يقم الدليل على غـير ذلك وأنه إذا تضـمنت الشهـادة معنى الـنفع أو الدفع صار الشـاهد متـهمـاً فى شهادته ولا شهادة لمتهم وقد جـرى قضاء هذه المحكمة على أن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره فلا يلزم بإبداء الأسباب(١).

المقرر فى الفقـه الحنفى أن.. ويشترط فيمن تقبل شـهادته أن يكون عدلاً بمعنى أن يتجنب الكبـائر ولا يصر على الصـغائر ويـؤدى الفرائض وتغـلب حسناته وسيـئاته والأصل تحقق العدالة فى الشاهد مالم يطعن فيه الخصم(٢).

---

(١) طعن رقم ٢٢ سنة ٥٩ ق «أحوال شـــــخصية» جلسة ٢٠/ ١١/ ١٩٩٠ مجمـوعة المكتب الفنى سنة ٤١ ص ٧٠٧

(٢) طعن رقم ١٧ لسنة ٤٨ «أحوال شخصية » جلسة ٢/ ١/ ١٩٨٠

المحكمة غـير ملزمة بالتصـريح فى أسبابهـا بعدالة الشاهدين اللذين أوردت مضـمون أقوالها وأخذت بها(٣).

الأصل فى المذهب الحنفى.. عـدالة الشـهادة.. انطواء الشـهـادة على النفع أو الدفع.. أثره.. اتهام الشـاهد.. العداوة الدنيـوية المانعة من قبـول الشهادة.. المقـصود بها.. اخـتلاق الطاعن خصـومة بينه وبين الشاهد.. لا أثر له على قـبول الشهادة.. الاطمـئنان إلى الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره دون التزام بإبداء الأسباب(٤).

---

(٣) الطعن رقم ٢٤ سنة ٣٩ ق أحوال شخـصية جلسة ٢٣ / ٥ / ١٩٧٣ مجـموعة المكتب الفنى لسنة ٢٤ ص ٨١٦ .

(٤) الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١/ ١٢/ ١٩٩٩ .

٢ـــ كون الشاهد غير متصف بما يخل بالمروءة

المروءة هى الانسانية وهى مشتقة من المرء.

ومن ترك الانسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور ولأن من لايستحى من الناس فى ترك المروءة لم يبال بما يصنع.

وعدم المروءة الذى ليس سببه الفسق عن الدين يختلف باختلاف عادات الناس فى كل زمان ومكان فيجب الرجوع الى العرف وقد عد الفقهاء من ذلك ما ليس مخلاً بالمروءة فى عرفنا الان كحلق اللحى لأن ذلك أمر يرجع إلى العادة من غير شك واستدل فى المذهب على عدم قبول من لا مروءة له كالذى يأكل فى الأسواق ويمشى مكشوف الرأس فى موضع لا عادة له بكشف الرأس فيه بما روى أبومسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت» أ. هـ.. قال واختلف أصحابنا (يعنى الشافعية) فى أصحاب الصنائع الدنيئة إذا حسنت طريقتهم فى الدين كالكناس والزبال، فمنهم من قال لاتقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم، ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى (ان أكرمكم عن الله اتقاكم) ولأن هذه صناعة مباحة وبالناس اليها حاجة، فلم ترد بها الشهادة.

ومما يتصل بهذا عدم قبول شهادة المحدود فى القذف ولو تاب لقوله (ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وقال الشافعى: تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى بعد ذلك : (الا الذين تابوا) فقد استثنى التائب.. قال فى الهداية: قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى: «وأولئك هم الفاسقون» فهو استثناء منقطع بمعنى لكن قال فى الفتح: والمسألة محررة فى الأصول وهى أن الاستثناء اذا تعقب جملاً متعاطفة هل ينصرف الى الكل أو الى الأخيرة؟ فعند الشافعى ينصرف

الى الجميع، وقد تقدم ثلاث جمل وهى قوله تعالى «فاجلدوهم» «ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً» «وأولئك هم الفاسقون» قال والظاهر من عطف ولاتقبلوا انه داخل فى حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأييد، أما المناسبة فلأن رد شهادته مؤلمة لقلبة مسبب عن فعل لسانه كما انه آلم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه، ثم قال: وكذا قيد التأييد لا فائدة له الا تأييد الرد، وإلا فقال: ولا تقبلوا لهم شهادة، وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول، ثم استثنى الذى تابوا من المجملة الأخيرة فصار المعنى: لكن الذين تابوا ويغفر الله لهم ويرحمهم انتهى المراد منه هنا وتمامه فيه، ولتراجع المسألة فى مطولات كتب الشافعية وفى كتب الأصول فى مبحث الاستثناء وانظر اعلام الموقعين.

المبحـــث الثـــالث

انتفاء التهمة عن الشاهد

وهذا شـرط لابد منه لتـرجـيح جانب الـصدق على جـانب الكذب فى الـشهـادة، فيشترط الا يكون فيهـا جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه، لأن الأصل فى بناء الأحكام القـضائية عـلى الشهـادة التى لاتفيـد الا ظناً انما هو دفع حاجـة الناس واضطرارهم فى اثبات حقوقهم اليها كما قدمنا غير مرة فوجب ان يراعى فى خبر الشهود وفى أحوالهم ما يرجح صدقهم فيما يشهـدون به بالقدر المستطاع، وعلى هذا قال أبوحنيفة وأصحابه رحمهم الله: لاتقبل شهادة الأصل لفـرعه ولا الفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الشريك لشـريكه فيا هو من شـركتهـما ولا الأجير الخـاص لمستأجـره ولا الصديق لصديقه إذا وصلت صداقتهما الى درجـة أن يتصرف أحدهما فى مال الآخر بلا ممانعة، فاذا لم تصل الصداقـة الى هذا الحد قبلت الشهـادة، قالوا وذلك لتمكن التهمـة فيغلب على الظن كـذب الشاهد، ويشـترط ايضاً ألا يـكون بين الشاهد والمشـهود عليـه عداوة دنيوية لأن الـعداوة لأجل الدنيا حـرام، فمن ارتكبـها لا يؤمن من التـقول عليـه، أما اذا كانت العداوة دينية فانها لاتمنع لأنها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكراً شرعاً ونهـاه فلم ينته، وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف، قالوا: ومن ذلـك ألا يكون الشاهد خصـماً فـلا تصح شهـادة الوصى لليتيـم، والوكيل للموكل لأن كل واحـد منهما يكون مـدعياً وشاهداً، وملحـق بهذا شهادة المولى لعـبده لأنها فى المعنى شهادة لنفسه، وجعلوا من هذا ايضاً شهادة الانسان على فعل نفسه، فلو قـال الوكـيل بالبيـع أو الدلال كنا بعنا هذا المال الذى يدعى المشـتـرى انه ملكه بسبب الشراء لا تقبل شهـادتهما، أما لو شهدا بأن العين ملك المدعى ولم يصرحـا بقولهما كنا بعنا قـبلت الشهـادة أنظر الدر وتكملة رد المحتـار، والمجلة وشروحـها والهداية والـفتح والتبيين وغيرها من مطولات كتب المذهب.

وقال فى التبصرة وقوانين ابن جزى ما حاصله: من موانع قبول الشهادة تهمة الشاهد فيما يشهد به ولو كان فى ذاته عدلاً، ومن ذلك أن يكون فى الشهادة جر مغنم له أو دفع مغرم عنه كأن يشهد الوصى بدين للميت وكذا الموصى له ومثله دائن الميت، والمنفق عليه بمال للمنفق على غيره، وكشهادة المدين المعسر لرب الدين، وكأن يشهد من له دين على مفلس أن للمفلس ديناً على غيره ليصل بذلك الى دينه. أو يكون فى الشاهد ميل طبيعى للمشهود له: فلا تقبل شهادته لوالديه ولا لأجداده وجداته ولا شهادة واحد منهم له: ولا شهادة الزوج لامراته، ولا شهادتها له، ولا شهادة وصى لمحجوره واختلف فى شهادة الأخ لأخيه وقيل تقبل اذا كان عدلاً مبرزاً وقيل اذا لم يكن تحت صلته، واختلف فى شهادة الصهر لصهره والصديق لصديقه، وفى شهادة الرجل لابن امرأته، وفى شهادة المرأة لابن زوجها وفى شهادة الوالد لأحد ولديه على الآخر وفى شهادة الولد لأحد والديه على صاحبه، أو يكون فى الشاهد ميل على المشهود عليه فلا تقبل شهادة العدو على عدوه اذا كانت العداوة فى أمر دنيوى من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو ما فى معنى ذلك بخلاف الدينية الا ان يؤدى فى افراط الاذى من الفاسق المعادى لفسقه لمن غضب عليه وهجره لله تعالى، لأن ذلك ربما أورث الشحناء وكذا لا تقبل شهادة الخصم على خصمه وكل من لاتقبل شهادته عليه تقبل له، وكل من لاتقبل شهادته له تقبل عليه.

وقال فى المهذب: ولاتقبل شهادة الوالدين للأولاد وان سفلوا ولا شهادة الأولاد للوالدين وان علوا، وقال المزنى وأبوثور تقبل، ووجهه قوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فعم ولم يخص، ولأنهم كغيرهم فى العدالة فكانوا كغيرهم فى الشهادة، وهذا خطأ لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه

وسلم قال «لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة »(١) وهذا متهم لأنه يميل اليه ميل الطبع »(٢) ولأن الولد بضعة من الوالد، ولهذا قال عليه السلام: يا عائشة «فاطمة بضعة منى» ولأن نفسه كنفسه وماله كماله، ولهذا قال عليه السلام لأبى معشر الدارمى «أنت ومالك لأبيك» وقال: «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه» ولهذا يعتق عليه إذا ملكه »(٣) ويستحق عليه النفقة والآية نخصها بما ذكرناه وتقبل شهادة أحدهما على الآخر فى جميع الحقوق، قال: ومن أصحابنا من قال: لا تقبل شهادة الولد على الوالد فى إيجاب القصاص وحد القذف لأنه لم يلزمه القصاص بقتله ولا حد القذف يقذفه فلايلزمه ذلك بقوله، والمذهب الأول لأنه انما ردت شهادته له للتهمة، ولا تهمة فى شهادته عليه.

ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس احداهما كنفس الآخر فى العتق

---

(١) الظنين المتهم ومنه قوله تعالى: «وما هو على الغيب بظنين» بمتهم فى قراءة من قرأ بالظاء، وأما من قرأ بالضاد فانه أراد ببخيل.. والاحنة هى الحقد وفعلها من باب علم.. قال:

اذا كان فى صدر ابن عمك احنة	فلا تستثرها سوف يبدو دفينها
وجمعها احن قال: انما يرجو الحياة فتى	عاش فى أمن من الاحن
غير مأسوف على زمن	ينقضى بالهم والحزن

(٢) هو السجية بما جبل عليه الانسان من أصل الخلقة، والطبيعة مثله، والجمع طباع. قال:

اذا كان الطباع طباع سوء	فلا أدب يفيد ولا أديب

(٣) من ملك أحد أصوله أو فروعه عتق عليه بالاتفاق بين الشافعى وأبى حنيفة وأصحابه ثم اقتصر الشافعى على ذلك وأما اصحابنا فزادوا على ذلك ملك كل ذى رحم محرم، وعلى هذا فالتعليل المذكور هنا انما يتم على قول الشافعى ومن وافقه، وأما على قول أصحابنا فانه منقوض بمثل ملك الأخ أخاه فانه يتعق عليه ومع ذلك تقبل شهادة الأخ لأخيه.

ولا ماله كماله فى النفقة «٤»، ولذا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لأن النكاح سبب لايعتق به أحداهما على الآخر بالملك «٥»، فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العم، ولا تقبل شهادة الزوج على زوجته فى الزنا لأن شهادته دعوى خيانة فى حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة فى الوديعة، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل كما لو شهد عليها انها جنت عليه انتهى بحذف يسير.

وقال فى أعلام الموقعين ما ملخصه: شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة وتقبل بدونها، هذا هو الصحيح، وقد اختلف الفقهاء فى ذلك (فمنهم) من جوز شهادة القريب لقريبه مطلقا كالأجنبى ولم يجعل القرابة مانعة من الشهادة بحال كما يقول أبومحمد بن حزم وغيره من أهل الظاهر، وهؤلاء يحتجون بالعموميات التى لاتفرق بين أجنبى وقريب، و(منهم) طائفة منعت شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول خاصة وجوزت شهادة سائر الأقارب بعضهم لبعض، وهذا مذهب الشافعى وأحمد، قال: وليس مع هؤلاء نص صحيح بالمنع، ثم ساق أدلة الشافعى وافية وقد قدمت بعضها انفا ثم كر بالرد عليها أخيراً بما لامزيد عليه (فليرجع إلى ذلك فيه) وقبل ذلك أورد أدلة المجوزين وهى الاستدلال بالنصوص العامة كما صنع المزنى وأبوثور فيما ذكرناه سابقاً ثم نقل عن عمر بن الخطاب وشريح وعمر بن عبدالعزيز وغيرهم من السلف الصالح وتابعيهم قبول شهادة الأصل للفرع، والفرع

---

(٤) نفقة الأخ على أخيه واجبة عند أبى حنيفة وأصحابه بشروطها ولا تجب عند الشافعى أصلاً بل النفقة الواجبة عنده قاصرة على الوالدين والمولودين فقط (انظر المهذب) وأما عندنا فهى واجبة لكل ذى رحم محرم على التفصيل المبين فى موضعه (أنظر كتابنا: نظام النفقات) فقد بينتها فيه أتم بيان.

(٥) لايجوز باتفاق زواج العبد بسيدته ولا السيد بأمته، واذا تزوج حر أمة فملكها بشراء ونحوه، أو تزوجت حرة عبداً فملكته كذلك فان النكاح ينفسخ فى الصورتين بالاتفاق، وانظر تعليل ذلك فى كتب الحنفية والشافعية.

للأصل والقريب لقريبه وأحد الزوجين للآخر، وقال فيما قاله نقلاً عن الزهرى لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح فى شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لامرأته، ثم ظهر بعد ذلك من الناس أمور حملت الولاة على اتهامهم فتركت شهادة من يتهم اذا كانت من قرابة وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة لم يتهم الا هؤلاء فى آخر الزمان ثم قال، والصحيح انه تقبل شهادة الابن لابيه والأب لابنه فيما لا شبهة فيه، وهذا أحد أقوال ثلاثة للامام أحمد أ. هـ.

أقول: وعلى هذا فتقدير الشهادة وتعرف وجه التهمة فيما موكول الى القاضى فيرد ما يرى فيه تهمه ويقبل ما يراه بريئاً منا وهذا من الصعوبة بمكان، والأول أضبط وأسلم، والله أعلم.

هذا هو خلاصة ما قاله فقهاء الشرع الاسلامى فى هذا الموضوع ولأجل المقارنة أذكر هنا بايجاز ما جاء فى القانون مما يتعلق بذلك.

وهاك جملة القول فيه (٦).

جاء فى المادة «١٩٨» من قانون المرافعات الأهلى ما نصه «لايجوز رد شهادة أحد الشهود ولا تجريحه ولو كان قريبا أو صهرا لأحد الأخصام الا اذا كان غير قادر على التمييز سواء كان ذلك بسبب زيادة كبر أو صغر سنه، أو بسبب مرض فى جسمه، أو فى قواه العقلية، أو غير ذلك من هذا القبيل.. (٧).

---

(٦) تنص المادة ٣٩ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية:

١ ــ يشترط لقبول الشهادة ألا يكون الشاهد متهماً فيها بأن تجر له مغنما أو تدفع عنه مغرما.

٢ ــ فلا تقبل شهادة الشخص لفرعه أو أصله أو زوجة أو أخيه.

٣ ــ واذا كان بين الشاهد وأحد الخصمين علاقة صداقة أو عداوة ونحوهما فللمحكمة ان تقبل الشهادة أو تردها وفقاً لما تراه.

(٧) مادة ٨٢ من قانون الاثبات لايجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم الا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر

وتقابل المادة ٦٤ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية.

فأنت ترى من هذا أن كل شهادة لاترد أمام قاضى المحاكم الأهلية الا ما استثنته هذه المادة وهو ظاهر لأن الشاهد الذى يكون فى الأحوال التى استثنتها المادة وأمثالها لاينبغى أن تعول المحكمة على شهادته، وجاء فى المادة «٢٣٠» من قانون المرافعات المختلط «انه فى حالة مرض للشاهد ينظر عند الاقتضاء فى قوة اقتداره على ادراك أهمية الشهادة المطلوب أداؤها منه ويثبت ذلك فى محضر الاستجواب».

ومع ذلك فان القانون الأهلى قد أباح للخصوم ابداء ملحوظاتهم على الشهود واثبات هذه الملحوظات فى المحضر، أنظر المواد «٢١١ ــ الى ٢١٤».

وكذا اللائحة الشرعية جاءت بنظير ما جاء به قانون المرافعات الأهلى، أنظر المادتين «١٨٣، ١٨٤» و(٨).

هذا ما جاء فى القانون الأهلى، وأما القانون المختلط فقد جاء برد شهادة الشهود بسبب رابطة الزوجية والمصاهرة والقرابة من جهة الأبوة وان علت وجهة البنوة وان نزلت ومن جهة الحواشى الى الدرجة الرابعة بدخول الغاية (قارن هذا بما قدمناه عن فقهاء الشريعة الاسلامية) وقد اقتبس قانون المحاكم المختلطة عندنا هذا النظام من القانون الفرنسى، وهو نظام تركته قوانين العالم الحديثة، ومثل ما تقدم تجريح الشهود بالأسباب الاتية وهى:

(أ) ــ أن يكون الشاهد خصومة مقامة أمام المحاكم مع أحد الخصمين (ب) ــ أن يكون الشاهد محتملة وراثته لأحد الخصمين عند موته (ج) ــ ان يكون للشاهد مصلحة شخصية فى الدعوى بطريقة مباشرة (د) ــ ان يكون مستخدماً عند أحد الخصمين أو خادماً له (أنظر المادتين ٢٣٦ و٢٣٧) منه، وقد أدخل على هذا القانون تعديلات بالقانون رقم ١٣ سنة ١٣، خلاصتها انه يجوز سماع شهادة الشهود المردودين، فى النصوص السابقة على سبيل الاستدلال بدون حلف اليمين اذا كانوا مقرين بسبب الرد وأما اذا كان هناك نزاع فى أمر ردهم فيسمعون بعد تأدية اليمين، ثم تنظر المحكمة فى طلب الرد عند نظرها فى الموضوع، وقد أجاز هذا القانون للمحكمة تقدير الظروف التى قد تؤثر فى

---

(٨) ويفهم من هذا أن تجريح الشاهد لايزال مقبولاً فى المحاكم الشرعية، وأنه يجوز اثباته، على ما بينت هذه المادة: وهو حكم يقضى به العدل والنظام، وأما تزكية الشهود فقد استعيض عنها باليمين كما سبق، وسيأتى الكلام فيها وافيا.

عدالة الشاهد وصدق أقواله (أنظر كتاب المرافعات للأستاذ المرحوم عبدالحميد أبوهيف وكتاب قواعد المرافعات للأستاذ محمد العشماوى بك، وكتاب الوجيز فى المرافعات للأستاذ عبدالفتاح بك السيد).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

المقرر فى قضاء محكمة النقض أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها وسلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما لم تخرج عن مدلولها.. «١».

- يشترط لصحة الشهادة شرعاً ان يكون الشاهد عدلاً غير متهم فى شهادته فلايجوز ان يكون فى الشهادة جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه، كما لا تقبل شهادته متى كان بينه وبين المشهود عداوة دنيوية، الا أن العداوة الدنيوية ليست هى كل خصومة تقع بين شخص واخر فى حق من الحقوق، بل ان ابطال الشهادة مشروط بأن يشهد الشاهد على خصمه فى واقعة يخاصمه فيها ومثلوا لذلك بشهادة المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج على امرأته بالزنا اذا كان قذفها به أولا، ولا يسوغ بداهة ان يخلق من يطعن على شهادة لهذا السبب خصومة مدعاة ليتخذ منها وسيلة لابطالها.. «١».

ـ من الأصول المقررة شرعاً وجوب انتفاء التهمة عن الشاهد فلاتقبل شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه، أما سائر القرابات الأخرى فتقبل شهادة بعضهم لبعض وذلك مالم تتوافر لها أسباب التهمة من جر مغنم أو دفع مغرم.. «٣».

---

١ ـ الطعن رقم ٨٦٥ سنة ٦٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٨/ ١١/ ٢٠٠٢، الطعن رقم ٦٧٨ سنة ٦٨ ق أحوال شخصية جلسة ٤/ ١١/ ٢٠٠٢، الطعن رقم ٤١ سنة ٤٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٢/ ٥/ ١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ١٤١٩.

٢ـ الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧٠ ق أحوال شخصية ٩/ ١١/ ٢٠٠٢، الطعن رقم ٢ سنة ٤٧ ق «أحوال شخصية» جلسة ١/ ١١/ ١٩٧٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٣ قاعدة ١٨٨٥.

٣ ـ طعن ٣٩ سنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/ ١١/ ٨١، طعن ٤٥ سنة ٤٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/ ١١/ ٨١ ، طعن ٨ سنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠/ ١/ ٧٩ سنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٣١/ ٥/ ٧٨ ، الطعن رقم ٩ سنة ٥١ ق جلسة ٢٩/ ١٢/ ٨١.

الطعن رقم ٣ سنة ٤٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٣/ ١٢/ ٧٥ ، والطعن رقم ١٥ سنة ٤١ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦/ ٣/ ٧٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٨٠ ـ ٦٨١ قاعدة ١٩٠٨ ـ ١٩١٢.

- انتفاء التهمة عن الشاهد شرط لازم لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب سفلوا، لا يغير من ذلك كون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية أو الخلافات المالية. (٤)

المقرر شرعاً أن من موانع قبول الشهادة عدم تهمة الشاهد فيما يشهد به ولو كان فى ذاته عدلاً، ومن ذلك شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله سواء علا الأصل أو سفل، فلا تقبل شهادة الوالد لوالديه ولا لأجداده وجداته، ولا شهادة واحد منهم له. (٥)

- شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض مقبولة استثناء شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه. مؤداة قبول شهادة العم لابن أو بنت أخيه. (٦)

- من المقرر فى المذهب الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قبول شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض - عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه - كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة. (٧)

- قبول شهادة القرابات بعضهم لبعض عدا شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه، شرطه، ألا تتوافر لها أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع مغرم. (٨)

---

(٤) الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٦/ ٥/ ٢٠٠١

(٥) الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ٣١/ ٥/ ١٩٧٨ مجموعةالمكتب الفنى السنة ٢٩ ١٣٨٣.

(٦) الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٧١ ق « احوال شخصية » جلسة ٢٥/ ٢/ ٢٠٠٣

، الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٦٣ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٤/ ٢/ ٢٠٠٠

(٧) الطعن رقم ١٤٢ سنة ٥٨ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٧/ ٢/ ١٩٩٠ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٤١ ص٦٢٥.

(٨) الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٥/ ٢/ ١٩٩٩

الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٦/ ٤/ ١٩٩٩

الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٢/ ٦/ ١٩٩٩

مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ١، ٢ ص٦٤١ بند ١٣٧

، الطعن رقم ٣٩ سنة ٥٠ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٤/ ١١/ ١٩٨١.

- قبول شهادة القرابات بعضهم لبعض عدا شهادة الفرع لأصله والأصل لفرعه وأحد الزوجين لصاحبه. (٩)

- لا تثريب على محكمة الموضوع ان هى إعتدت بأقوال شاهدين شقيقين طالما أن التهمة منتفية عنهما وليس لهما من صلة مانعة بالمشهود له، ولم يتحقق فيها مظنة جلب مغنم أو دفع مغرم. (١٠)

- قبول الشهادة شرعا، شرطة، إنتفاء التهمة عن الشاهد، إدانة أحد شاهدى المطعون ضدها بضرب الطاعن، مفاده، قيام عداوة دنيوية بينهما، أثره، افتقاد الشهادة لأحد شروط قبولها، قضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق استناداً إليها وإغفاله الرد على دفاع الطاعن الجوهرى بالنعى على تلك الشهادة، قصور وخطأ. (١١)

- قبول الشهادة شرعا، شرطة، انتفاء التهمة عن الشاهد، إدانة أحد شاهدى المطعون ضدها وآخر بضرب الطاعن، مفاده، قيام عداوة دنيوية بينهما، أثره افتقاد الشهادة لأحد شروط قبولها، قضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق استناداً إليها. خطأ وفساد فى الاستدلال. (١٢)

---

(٩) الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٠/ ٢/ ٢٠٠١

، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠/ ١/ ٢٠٠١

، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ٦/ ١/ ٢٠٠١

، الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٥/ ١٢/ ١٩٩٨

، الطعن رقم ٤٠٦ سنة ٦٣ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٣/ ١٢/ ١٩٩٧

مجلة نادى القضاة السنة ٣٠ العدد ١، ٢ ص٥٣٠ بند ٧٤،

الطعن رقم ٩ لسنة ٥٠ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٩/ ١٢/ ١٩٨١، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص٢٤٦٨.

(١٠) الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٧/ ٣/ ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص٦٨٥.

(١١) الطعن رقم ٤٤٦ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٧/ ٣/ ٢٠٠١

(١٢) الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» - جلسة ٣/ ٧/ ٢٠٠٠

- العداوة الدنيوية المانعة من قبول الشهادة، المقصود بها، ليست كل خصومة تقع بين شخص وآخر فى حق من الحقوق، شرط إبطالها أن يشهد الشاهد على خصمه فى واقعة يخاصمه فيها، اختلاق الطاعن لخصومة، لا أثر له فى إبطال الشهادة(١٣).

- إذا كان ما يثيره الطاعن من قيام عداوة دنيوية بينه وبين شاهدى المطعون عليهما لم يبينه فى دفاعه أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز له ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع. (١٤)

- شهادة المستأجر للأجير، على عكس الأجير للمستأجر، مقبولة شرعاً، لأنها لا تجر للشاهد مغنما ولا تدفع عنه مغرما(١٥).

---

(١٣) الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٣/ ٤/ ٢٠٠١

، الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٠/ ٢/ ٢٠٠١

(١٤) الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١/ ١٢/ ١٩٩٩

، الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٧/ ٣/ ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص٦٨٥.

(١٥) الطعن رقم ١١ لسنة ٣٧ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٥/ ١١/ ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ ص١١٦١

المبحث الرابع

النطق والبصر

اشترط أصحابنا فى الشاهد أن يكون بصيراً أنظر ما تقدم وأن يكون ناطقاً، وعللوا ذلك بأن قول الشاهد (أشهد) ركن الشهادة أو شرطها وهو لايتأتى إلا من الناطق، وأنظر ما قاله فى المبسوط فى هذه المسألة فى باب من لا تجوز شهادته.

وهاك ما جاء فى مذهبى الشافعى ومالك رحمهما الله فى شهادة الأخرس والأعمى.

شهادة الأخرس (١):

قال فى المهذب: اختلف أصحابنا فى شهادة الأخرس فمنهم من قال تقبل لأن اشارته كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه فكذلك فى الشهادة ومنهم من قال لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة فى موضع الضرورة وهو فى النكاح والطلاق لأنها لا تستفاد إلا من جهته، ولا ضرورة بنا إلى شهادته لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز بإشارته أهـ .

أقول: يؤخذ من هذا التعليل أن الأخرس لو تعين للشهادة فإنها تقبل عندهم بالاتفاق حفظاً للحقوق وصونا لها من الضياع ومواضع الضرورات مستثناة، والحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الإمكان.

وقال فى التبصرة: إذا فهمت إشارة الأخرس جاز الحكم بها، ونقل عن القرافى أنه قال: إذا قطع الحاكم بفهم مقصوده من إشارته حكم بها، قال غيره لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم فإذا فهم عنه بطريق يفهم عنه مثله قبلت منه كالنطق، ثم تكلم عن سائر تصرفات الأخرس مما لا حاجة إليه هنا.

---

(١) مادة «٨٢» من قانون الإثبات من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو الإشارة.

تقابل المادة «٦٥» من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

شهادة الأعمى:

قال فى المهذب: يجوز أن يكون الأعمى شاهداً فيما يثبت بالاستفاضة لأن طريق العلم به السماع والأعمى كالبصير فى السماع ويجوز أن يكون شاهداً فى الترجمة لأنه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم وسماعه كسماع البصير، ولا يجوز أن يكون شاهداً على الأفعال كالقتل والغصب والزنا لأن طريق العلم بها البصر، ولا يجوز أن يكون شاهداً على الأقوال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجاً عن يده، وحكى عن المزنى رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون شاهدا فيها إذا عرف الصوت ووجهه انه إذا جاز أن يروى الحديث إذا عرف المحدث بالصوت ويستمتع بالزوجة إذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد إذا عرف المشهود عليه بالصوت، وهذا خطأ لأن من شرط الشهادة العلم، وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لأن الصوت يشبه الصوت، ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لأن ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد، وأما إذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر ويد الأعمى على رأس الرجل فضبطه إلى أن حضر عند الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت شهادته لأنه شهد عن علم، وان تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم عمى نظرت، فإن كان لا يعرف المشهود عليه إلا بالعين وهو خارج عن يده فلم تقبل شهادته عليه لأنه لا علم له بمن يشهد عليه، وأن تحمل الشهادة ويده فى يده وهو بصير ثم عمى ولم تفارق يده يده حتى حضر إلى الحاكم وشهد عليه قبلت شهادته لأنه يشهد عليه عن علم، وأن تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم عمى قبلت شهادته لأنه يشهد على من يعلمه.

وقال فى التبصرة: تجوز شهادة الأعمى عند مالك رحمه الله إذا كان المشهود عليه لازمه كثيراً حتى يقطع بأن ما سمعه صوت فلان، واستدل على ذلك بأن الصحابة كانوا يسألون أزواج النبى - صلى الله عليه وسلم - عن المسائل ويعملون على قولهن ولا يسمعون منهن غير الأصوات، وقال النبى - صلى الله عليه وسلم - «ان بلالا ينادى بليل فكلوا وشربوا حتى تسمعوا نداء ابن أم مكتوم» فأمر بالامساك عند

ندائه ولا يعلم إلا بصـوته، وأيضاً فإنه يجـوز للأعمى أن يطأ زوجـته مع أنه لا يدرك غيـر كلامهـا، قال وكذلك تجوز شـهادته فى الروائح والطعـوم وكل ما يدرك بالحس غير البصر أهـ،

أقول: والذى يؤخذ من هذا ان شـهادة الأعمى يؤخذ بها إذا انتفت عنهـا الشبهة على نحو ما قاله الشافعية والمالكية صوناً للحقوق من الضياع والله أعلم.

الفــرع الثــانى

الشـروط الخاصـة فـى الشـاهـد

من الشروط ما يختص بموضع دون موضع وحالة دون حالة.
وهاك جملة القول فيها:

الإسلام (١)

إذا كان المشـهود عليه مـسلماً وعللوا ذلك بأن الشـهادة فـرع من فروع الولاية لما فيـها من الإلزام بالحكم كـما تقدم، ولا ولاية لغـير مسلـم على مسلم (٢)، وأما أهل الذمة فـإنه يجوز شهـادة بعضهم على بعض وان اخـتلفت مللهم لأن الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فـيكون من أهل الشهادة على جنسه ولأنه يجتنب ما يعتقده محرم ديانة، والكـذب محظور فى الأديان كلها، وانما لم تقبل شهادته على المسلم لأنه لا ولاية له عليه كمـا تقدم، ولا تجوز شهادة الحـربى المستأمن على الذمى لأنه لا ولاية له عليه إذ الذمى من أهل دارنا وهو أعلى حالاً من المستأمن.

وأما شـهادة الذمى عليه فهى مـقبولة كشـهادة المسلم على الذمى، وتقبل شـهادة المستأمنين بعـضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة فـإن كانوا من أهل دارين لا تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية، وقـال ابن أبى ليلى لا تقبل شهادة الذمى على الذمى إلا إذا اتحـدت الملة كـشهـادة اليـهودى عـلى اليهـودى والنصـرانى على النصرانى، لأنه عند اختلاف الملة لايؤمن التقول من بعضهم على بعض فترد الشهادة للتهمة، ورد عليه بأن ملل أهل الذمة وان اختلفت لا قهر لبعضهم على بعض فى دار

---

(١) اذكر هنا جـملة المنقول عن فقـهائنا ثم أتبعـه ببعض الملاحظات ونلاحظ أن المجلة العـدلية سكتت عن هذا الشرط وكذا اللائحة الشرعية ومن المعلوم ان القوانين الوضعية لا تأبه للفوارق الدينية.

(٢) ومما يناسب ذكره هنا استطرادا ما جاء فى مقالة افتتـاحية فى العدد (١٣٨٠٩) من صحيفة الأهرام الصادرة فى ٢٩ يولية سنة ١٩٢٢ عنوانها (الانتداب - سوريا وفرنسا): ان أحد القضاة الفرنسيين فى بيروت قال لشاهد سورى يشهد على فرنسى: لا نأخذ بشهادة سورى على فرنسى أهـ.

الإسلام فلا يجرؤ بعضهم على التقول على بعض ونقل فى الدرعن الاشباه انه قد تقبل شهادة غير المسلم على المسلم بطريق التبعية أو الضرورية فالشهادة تبعاً كشهادة ذميين على ذمى موكله مسلم ، والشهادة للضرورة كشهادة ذميين على ذمى أنه أوصى إلى ذمى وأحضر مسلما عليه حق للميت، وكشهادة نصرانيين ان هذا النصرانى ابن الميت فادعى هذا الابن على مسلم حقا لمورثه النصرانى، أما فى المثال الأول فإن الشهادة تقبل على الوكيل قصداً وعلى الموكل المسلم ضمنا، وأما فى المثالين الأخيرين فإن الشهادة تقبل على الايصاء فى الأول وعلى النسب فى الثانى فيلزم المدعى عليه بأداء الحق الذى عليه للميت للوصى فى الأول وللوارث فى الثانى ووجهه - كما فى الدرر - ان المسلمين لا يحضرون موت النصارى عادة، والوصايا تكون عند الموت غالباً، وسبب ثبوت النسب النكاح، والمسلمون لا يحضرون أنكحتهم كذلك، فلو لم تقبل شهادة النصارى على المسلم فى اثبات الايصاء الذى بناؤه على الموت وفى النسب الذى بناؤه على النكاح أدى ذلك إلى ضياع الحقوق المتعلقة بالايصاء والنسب فقبلت للضرورة أهـ.

قال المولى عبدالحليم فى حاشيته على الدر: وفيه إشارة إلى حادثة الفتوى، وهى: ذمية أسلم زوجها ثم مات فادعت مهرها عليه بوجه خصم شرعى قبلت شهادة أهل الذمة لثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم أهـ.

أقول: ومن المقرر فى المذهب انه إذا تزوج مسلم كتابية بشهادة كتابيين جاز ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعليه الفتوى (أنظر الهداية وشروحها والتبيين).

وقال ابن القيم فى اعلام الموقعين ما خلاصته: أن شهادة غير المسلمين على الوصية فى السفر ثابتة بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم» والمراد بقوله تعالى: من غيركم أى غير المؤمنين ولم يجىء بعد هذه الآية ما ينسخها فإنها من سورة المائدة، وسورة المائدة من آخر القرآن نزولاً وليس فيها منسوخ وليس لهذه الآية معارض، ولا يصح أن يكون المراد بقوله تعالى: «من غيركم» من غير قبيلتكم فإن الله سبحانه وتعالى خاطب بها المؤمنين كافة، ولم يخاطب بها قبيلة معينة حتى يكون قوله «من غيركم» أيتها القبيلة، والنبى - صلى الله عليه وسلم - لم يفهم هذا من

الآية بل انما فهم منها ما هى صريحة فيه، وكذلك أصحابه من بعده، والوصية فى السفر قد لا يشهدها إلا أهل الذمة (٣) أهـ.

أقول واذ قد فهم المناط هان الأمر ووضح السبيل. (٤)

---

(٣) ونقل فى الطرق الحكمية عن مالك رحمه الله أنه يجوز شهادة الطبيب غير المسلم على المسلم للضرورة والحاجة، ونقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية قبول شهادة غير المسلم على المسلم إذا دعت إلى ذلك الضرورة سفرا وحضرا أهـ وقد استوفى بحث هذا الموضوع وبيان آراء الفقهاء فيه من الصحابة والتابعين ومن بعدهم بما لا مزيد عليه فراجعه.

(٤) وقد كانت المادة (٣٧) من الاقتراح بمشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تنص على: «تقبل شهادة غير المسلم على غير المسلم ولا تقبل شهادته على المسلم إلا عند الضرورة»، وقد إستبعدت هذه المادة وحذفت من مشروع القانون عند المراجعة، وقد كانت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة تنص على.

يفرق الفقهاء المسلمون فى الكلام على شهادة غير المسلم بين صورتين: أحداهما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض. والثانية شهادتهم على المسلمين.

الصورة الأولى:

أما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض فقط اختلفوا فيها قديما وحديثا.

فقيل لا تجوز شهادتهم بعضهم على بعض ولا على غيرهم البتة لأن الله سبحانه قال: «ممن ترضون من الشهداء» وليسوا ممن نرضاه وليسوا بعدول وقد قال تعالى «واشهدوا ذوى عدل منكم».

وقيل تجوز شهادتهم بعضهم على بعض وعلى غيرهم من غير المسلمين فتجوز مثلا شهادة النصرانى على النصرانى وعلى اليهودى والمجوسى وغيرهم من غير المسلمين وهكذا.

وقيل تجوز شهادة النصرانى على النصرانى واليهودى على اليهودى ولا تجوز شهادة أحدهما على الآخر أى أنه اذا اختلفت الملل لم تجز شهادة ملة على غير ملتها إلا المسلمين.

احتج القائلون بشهادتهم بالكتاب والسنة والمعقول.

١ـ أما الكتاب فقوله تعالى: «ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤديه إليك» (آل عمران: ٧٥) فأخبر تعالى أن منهم الأمين على مثل هذا القدر من المال ولا ريب أن يكون مثل هذا أمينا على قرابته وذوى مذهبه أولى.

وقال تعالى: «والذين كفروا بعضهم أولياء بعض» (الانفال: ٧٣) فأثبت لهم الولاية على بعضهم بعضا. وهى أعلى رتبة من الشهادة وغاية الشهادة أن تشبه بها وإذا كان له أن يزوج أبنته أو أخته ويلى مال ولده فقبول شهادته عليه أولى وأحرى.

٢ــ وأما السنة فقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بشادتهم فى الحدود.

٣ــ وأما المعقول:

(أ) فقد اجاز الله سبحانه شهادة الكفار على المسلمين فى الوصية للحاجة. ومعلوم أن حاجتهم إلى قبول شهادة بعضهم على بعض أعظم بكثير من حاجة المسلمين إلى قبول شهادتهم عليهم فإن الكفار يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات من المداينات وعقود المعاوضات وغيرها ويقع بينهم الجنايات وعدوان بعضهم على بعض ولا يحضرهم فى الغالب مسلم ويتحاكمون الينا فلو لم تقبل شهادتهم بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى تظالمهم وضياع حقوقهم وفى ذلك فساد كبير فأين الحاجة إلى قبول شهادتهم على المسلمين فى السفر إلى الحاجة إلى قبول شهادة بعضهم على بعض فى السفر والحضر؟

(ب) والكافر قد يكون عدلا فى دينه بين قومه صادق اللهجة عندهم فلا يمنعه من قبول شهادته عليهم إذا ارتضوه.. وقد رأينا كثيرا من الكفار يصدق فى حديثه ويؤدى امانته بحيث يشار إليه فى ذلك ويشتهر به بين قومه وبين المسلمين بحيث يسكن القلب إلى صدقه وقبول خبره وشهادته مالا يسكن إلى كثير من المنتسبين إلى الاسلام.. وقد أباح الله سبحانه معاملتهم وأكل طعامهم وحل نسائهم.. وذلك يستلزم الرجوع إلى أخبارهم قطعا فاذا جاز لنا الاعتماد على أخبارهم فيما يتعلق بنا من الأعيان التى تحل وتحرم فلان نرجع إلى أخبارهم بالنسبة إلى ما يتعلق بهم من ذلك أولى وأخرى فان قيل: هذا للحاجة فالرد ان ذاك أشد حاجة.

(جـ) وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالحكم بينهم أما ايجابا أو تخييرا والحكم اما بالاقرار أو التنبيه ومعلوم انه مع الاقرار لا يترافعون الينا ولا يحتاجون إلى الحكم غالب وانما يحتاجون إلى الحكم عند التجاحد واقامة البينة وهم فى الغالب لا يحضرهم البينة من المسلمين. ومعلوم ان الحكم بينهم مقصوده العدل وايصال كل ذى حق منهم إلى حقه فاذا غلب على الظن صدق مدعيهم بمن يحضره من الشهود الذين يرتضونهم ولاسيما اذا كثروا فالحكم بشهادتهم أقوى من الحكم بمجرد نكول ناكلهم أو يمينه. وهذا ظاهر.

٤- وأما قوله تعالى: «وأشهدوا ذوي عدل منكم» وقوله «ممن ترضون من الشهداء» وقوله «واستشهدوا شهيدين من رجالكم» فهذا انما هو فى الحكم بين المسلمين فان السياق كله فى ذلك فلا تعرض فى شيء من ذلك

لحكم أهل الكتاب البتة ومما يوضح ذلك أنهم إذا رضوا بأن نحكم بينهم ورضوا بقبول قول بعضهم علي بعض فالزمناهم بما رضوا به لم يكن ذلك مخالفا لحكم الله ورسوله فأنه لابد أن يكون الشاهد بينهم ممن يثقون به فلو كان معروفا بالكذب وشهادة الزور لم نقبله ولم نلزمهم بشهادته:(أنظر في أدلة المانعي والقابلين بالتفصيل: ابن القيم، الطرق الحكمية، ص١٧٦ ـ ١٨٢)

الصورة الثانية:

أما الصورة الثانية وهى شهادتهم علي المسلم: فقد قال تعالى: يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية أثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم أن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله أن ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا إذا لمن الآثمين» (المائدة:١٠٦) فقال سبحانه «أو آخران من غيركم» أى من أهل الكتاب أو من غير أهل الملة وهذا موضوع ضرورة لأنه فى سفر ولا نجد من يشهد من المسلمين على الوصية فلاتجوز شهادة أهل الذمة علي المسلم إلا فى هذا الموضع فى السفر وفى الوصية.

والقول بموجب هذه الآية هو الحق الذى لا معدل عنه نصا وقياسا ومصلحة.

وقول الإمام أحمد فى قبول شهادتهم فى هذا الموضوع «هو ضرورة يقتضى هذا التعديل قبولها فى كل ضرورة حضرا وسفرا .

وعلى هذا لو قيل: يحلفون فى شهادة بعضهم على بعض كما يحلفون فى شهاداتهم علي المسلمين فى وصة السفر لكان متوجها أى ذا وجه أى مقبولا.

ولو قيل: تقبل شهادتهم مع أيمانهم، فى كل شيء عدم فيه المسلمون لكان له وجه يكون بدلا مطلقا.

قال ابن القيم: قال شيخنا رحمه الله تعالى: فعلى هذا كل موضع ضرورة غير المنصوص فيه، وفيه روايتان..

وفي اشتراط كونهم من أهل الكتاب روايتان وظاهر القرآن أنه لايشترط وهو الصحيح لأنه سبحانه قال للمؤمنين «أو آخران من غيركم» وغير المؤمنين هم الكفار كلهم ولأنه موضع ضرورة وقد لا يحضر الموصى إلا كفار من غير أهل الكتاب وأن تقييده بأهل الكتاب لا دليل له.

وعلى هذا فهل يحكم بشهادة كافر وكافرتين في هذا الحال؟ يحتمل أن يقال بجواز ذلك وهو القياس فإن الأموال يقبل فيهارجل وامرأتان وهو قول ابن حزم وهو يحتج بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «ليست شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل» وهذا العموم جوزالحكم أيضا فى هذه الصورة بأربع نسوة كوافر وليس ببعيد عند الضرورة إذا لم يحضره إلا النساء بل هو محض الفقه.

ويتوجه أن ينقض حكم الحاكم إذا حكم بخلاف هذه الآية فإنه خالف نص الكتاب العزيز بدلالات ضعيفة. (راجع فى تفصيل ذلك والخلاف فيه. أبن القيم، الطرق الحكيمة، ص ١٨٢ ـ ١٩٤ وأبن فرحون التبصرة، ١:٤٠٣ ـ ٤١٧. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٣٣٨ ـ ٣٤١)

والمقصود بالضرورة هنا الضرورة الشرعية، أى الضرورة التي قرها الشرع الإسلامى .

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- الشهادة فى اصطلاح الفقهاء ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، ولو بلا دعوى، ويشترط فى الشاهد الإسلام إذا كان المشهود عليه مسلماً وعللوا ذلك بأن الشهادة فرع من فروع الولاية لما فيها من الالزام بالحكم ولا ولاية لغير مسلم على المسلم، وإذ كان الحكم المطعون فيه ــ على الأساس المتقدم ــ لم يقبل الإقرارات المنسوبة إلى السيدات النمسويات لأنها صدرت فى غير مجلس القضاء، ومن مسيحيات على مسلم، وكان لا محل للأخذ بهذه الإقرارات واعتبارها قرينة قاطعة فى حالة الضرورة، ذلك أن الفقه المعمول به لا يجيز شهادة غير المسلم على المسلم قصداً لأنها من باب الولاية على ما سلف، والاقرارات المقدمة تتضمن شهادة مقصودة من غير المسلم على المسلم، ووجود المسلم فى غير دار الإسلام، لا يعتبر ضرورة مسوغة لهذه الشهادة فقهاً كما أن الولاية مقطوعة باختلاف الدارين بين مقدمى الإقرار ــ السيدات النمسويات ــ وبين الزوجين، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه، إذ لم يقبل الإقرارات المذكورة يكون التزام المفهوم الشرعى السليم ويكون النعى عليه فى غير محله.«١»

- الإسلام المشروط فى الشهادة، نطاقه أن يكون المشهود عليه مسلماً لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لغير مسلم على المسلم «٢».

ــ إستشهاد الطاعنة بشاهد مسيحى أمام محكمة أول درجة لا يحول بينها وبين تمكينها من إثبات دفاعها على الوجه الصحيح المتفق مع المنهج الشرعى أمام محكمة الاستئناف(٣).

«١» الطعن رقم ١٦ سنة ٣٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ٥/ ٥/ ١٩٧٤ ــ س ٢٥ ص ٩٧٩)

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٤، قاعدة ١٨٨٨.

«٢» الطعن رقم ٣٠٠ سنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ٢٠/ ١/ ١٩٩٨.

مجلة نادى القضاة السنة ٣٠ العدد ١، ٢ يناير ديسمبر ١٩٩٨ ص ٥٣١ بند ٨١.

(٣) الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٧٠ق أحوال شخصية جلسة ٢٦/ ١٠/ ٢٠٠٢

الذكورة

فى الشهادة على الحدود والقصاص لحديث الزهرى: مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص. وقال تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولأن فى شهادة النساء شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (أنظر التبيين وانظر اعلام الموقعين ففيه جواز القضاء فى الحدود والقصاص بالقرائن وعدم وجوب الاقتصار على النصاب المعين).

الأصالة

فى الشهادة على الحدود والقصاص فلا تقبل فيها الشهادة على الشهادة لأن فيها شبهة البدلية.

العدد

فيما يطلع عليه الرجال.

الفـــرع الثالث

تقســيم المالكــية للشـــهود

للمالكية تقسيم لمراتب الشهود فى الشهادة لا بأس بايراده هنا وحاصلة أن المراتب إحدى عشرة:(١)

(١) الشاهد المبرز فى العدالة العالم بما تصح به الشهادة فتجوز شهادته فى كل شئ .

(٢) الشاهد المبرز فى العدالة غير العالم بما تصح به الشهادة وهذا حكمه كالأول إلا أنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به

(٣) الشاهد المعروف بالعدالة بما تصبح به الشهادة فتجوز شهادته الا فى مواضع التهمة

(٤) الشاهد المعروف بالعدالة غير العالم بما تصح به الشهادة وحكمه كالثالث إلا أنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به

(٥) الشاهد المعروف بالعدالة اذا قذف قبل أن يحد. وهذا مختلف فى جواز شهادته والمشهور الجواز

(٦) الشاهد الذى يتوسم فيه العدالة تجوز شهادته دون تزكيته وهذا تجوز شهادته فى غير الحدود والقصاص على تفصيل فى بيان ما تقبل شهادته فيه

(٧) الشاهد الذى لا يتوسم فيه العدالة ولا الجواحة فهذا لا تجوز شهادته بدون التزكية

(٨) الشاهد الذى يتوسم به الجرحة فلا تجوز شهادته دون تزكيته ولا تكون شهادته شبهة توجب حكما خلافا لمن قبله

(٩) الشاهد الذى ثبت عليه جرحة قديمة أو يعلمها الحاكم فيه فلا تجوز شهادته دون تزكيته على تفصيل فى ذلك .

---

(١) التبصرة جزء أول ص١٦٩ والبهجة.

(١٠) الشاهد المقيم على الجرحة وهذا لا تجوز شهادته ولا تزكيته إلا فيما يستقبل بعد توبته

(١١) شاهد الزور وهذا لا تصح شهادته وان تاب وحسنت حاله، وقبل يجوز بعد التوبة.

إنتهى باختصار

الفصل السابع

مراتب الشهادة
أو نصابها

نصاب الشهادة هو ما تنصب عليه، أى يتوقف عليه وجودها الشرعى.

الشهادة على أربع مراتب

أجمع جمهور الفقهاء على أن الشهادة على أربع مراتب.

الأولى : الشهادة على الزنا.

الثانية : الشهادة على الحدود .

الثالثة : الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال .

الرابعة : الشهادة على سائر الحقوق .

وقال ابن جزى فى قوانينه: الشهادة على ست مراتب (الأولى) شهادة أربعة رجال وذلك فى الشهادة على الرؤية فى الزنا باجماع (الثانية) شهادة رجلين وذلك فى جميع الأمور سوى الزنا (الثالثة) شهادة رجل وامرأتين وذلك فى الأموال خاصة دون حقوق الأبدان والنكاح والعتق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله. واختلف فى الوكالة على الأموال وأجازها أبوحنيفة فى النكاح والطلاق والعتق، وأجازها الظاهرية مطلقا (الرابعة) شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء وقيل إنما يعمل بها بشرط أن يفشو ما شهدتا به عند الجيران وينتشر. وقال الشافعى لابد من أربع نسوة. وأجاز أبوحنيفة شهادة امرأة واحدة (الخامسة) رجل مع يمين وذلك فى الأموال خاصة (السادسة) امرأتان مع يمين وذلك فى الأموال أيضا. وتلخص أن شهادة رجل وامرأتين أو رجل ويمين أو امرأتين ويمين مختصه بالأموال أهـ.

الفرع الأول

الشهادة على الزنا

(المرتبة الأولى) الشهادة على الزنا:

ولابد فيها من أربعة من الرجال على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء قالوا ما ملخصه أن الدليل على أن نصاب الشهادة فى الزنا أربعة من الرجال،النص والجماع .

النص والاجماع

(أولا) بالنسبة للنص فهو قوله تعالى: «واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» وقوله «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء» وقوله تعالى: «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء» وقوله صلى الله عليه وسلم «ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك».

وقالوا هذه الألفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث، وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه، لأن الله تعالى يحب الستر على عباده، وقد أوعد بالعذاب من أحب أشاعة الفاحشة على المؤمنين.

وفى اشتراط الأربعة مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الأربعة على هذه الفاحشة قلما يتحقق. وأوجب على من نسب إلى هذه الفاحشة الحد أن كان غير زوج، واللعان أن كان زوجا. كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار.

قالوا- ولا يقال ليس فى هذه النصوص إلا بيان جواز العمل بهذا العدد. وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه. لأنا نقول هو كذلك، لأن التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور، ولكن لا يوجبه ايضا. فمن ادعى جواز مادونه احتاج الى دليل، كما أن النافى للحكم عند انتفائه لا ينفيه إلا لعدم دليل يقتضيه إذ لا يثبت الحكم الشرعى بغير دليل. وقد وجدنا الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا على أن الشهود على الزنا إذا نقص عددهم وعن الأربعة يجب عليهم الحد(١) لكونهم قذفة. وقد حد عمر

(١) أى حد القذف.

رضى الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا(٢) ولو كان الزنا يثبت بما دون هذا العدد المنصوص عليه لما وجب عليهم الحد، بل كان يجب على المنسوب إلى الزنا.

قالوا- ولا يجوز قياس الزنا على غيره من الحقوق كالحق الموجب للتعزير، وكسائر الحقوق الأخرى لعدم التساوى بين الفرع المقيس والأصل المقيس عليه، لوجود النص فى الفرع، وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع فى علة الحكم، وألا يكون فى الفرع نص يمكن العمل به، فان هذا لا محالة يقدم على الحكم، والمستنبط بالقياس، والقاعدة المستمرة أنه لا قياس مع النص.

والحاصل أن الله تعالى إنما أمر بالعدد فى شهود الزنا وجعلهم أربعة من الرجال خاصة لأن الزنا مأمور فيه بالستر إذ اعلانه فضيحة من أشنع الفضائح، وقتل معنوى لذوى الكرامات، ولهذا غلظ فيه النصاب فانه ليس هناك حق يضيع، وانما هو حد وعقوبة والعقوبات تدرأ بالشبهات، وقد ورد فى ذلك من الآثار النبوية ما فيه الكفاية، ولا سيما اذا كان الزانى أو الزانية قد ارتكب جريمته فى الخفاء ولم يشتهر ذلك ولم يتكرر فلا شك ولا ريب أن الستر فيه أفضل.

لكنى أورد هنا بعض ملاحظات على ما تقدم فأقول:

بالنسبة للألفاظ التى وردت بها النصوص وانها موضوعة للمذكر دون المؤنث.

لقائل أن يقول: أن الأحكام المذكورة بصيغة المذكرين إذا اطلقت ولم تقترن بالمؤنث(٣) فإنها قد تتناول المذكرين وحدهم وقد تتناول الرجال والنساء معاً لأن القاعدة المطردة أنه إذا جمع المذكر والمؤنث بلفظ واحد غلب جانب المذكر. تقول زيد وهند وفاطمة قائمون، ولو كان مع الجنسين غير عاقل غلب أيضا جانب المذكر العاقل تقول زيد وامرأته وكلبهما واقفون بالباب وهذا من المسائل التى لا تقبل الجدل لأنها مفروغ منها.

ومن ذلك قوله تعالى: «ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا» وقوله «فان كان له أخوة

---

(٢) القصة مذكورة بالتفصيل فى تاريخ الكامل لابن الأثير.

(٣) مثال ذلك المؤمنين والمؤمنات، والصابرين والصابرات، ففى ذلك ونحوه، الجمع المذكر كل أفراده مذكرون والجمع المؤنث كل افراده إناث.

فلأمه السدس» فان الجمع فى كل واحد من المثالين يتناول الذكور والاناث على السواء. وعلى هذا يكون النص محتملا لأن يكون الأربعة كلهم مذكرين ولأن يكونوا خليطا من الرجال والنساء على ما أسمعناك.

(ثانياً) بالنسبة للاجماع:

أقول: لقائل أن يقول انه لا اجماع، فقد نقل ابن القيم عن عطاء ابن أبى رباح(٤) أنه قال- لو شهد عندى ثمانى نسوة على امرأة بالزنا لرجمتها. ونقل عنه أيضا أنه قال- تجوز شهادة النساء مع الرجال فى كل شئ، ويجوز على الزنا امرأتان وثلاثة رجال. ونقل عن بعض الفقهاء أن شهادة النساء تجوز فى الحدود.

وبهذا يظهر لنا أن النص قابل للتأويل بمقتضى قواعد اللغة التى نزل بها الكتاب العزيز وهى لغة النبى عليه الصلاة والسلام، وأن دعوى الاجماع لم تثبت.

(ثالثاً) من جهة اقامة حد القذف على شهود الزنا إذا لم يتكامل النصاب ودعوى الإجماع على ذلك.

أقول- لقائل أن يقول أن دعوى الإجماع غير ثابتة، ولابد لاثباتها من دليل ولا يكفى أن تثبت الدعوى بدعوى مثلها.

وبعد فقد نقل فى المهذب(٥) (شافعى) فى المسألة قولين وهاك عبارته بنصها قال:

وإن شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان (أحدهما) أنهم قذفوه ويحدون وهو أشهر القولين لأن عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة. وروى ابن الوصى(٦) أن

---

(٤) هو عطاء بن أبى رباح مولى قريش. وكان أسود اللون وأبوه نوبى وقال عن نفسه أنه ولد سنة ٢٧ من الهجرة. وأخذ عطاء الحديث عن جمع من أعلام الصحابة منهم ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما، وقد ادرك عطاء مائتين من الصحابة. وهو من كبار التابعين وكان عطاء أكبر المفتين وأوسعهم علماً بمكة. وقد قال فيه ابن عباس مخاطباً أهل مكة، إنكم تجتمعون إلى وعندكم عطاء، وكان بنو أمية فى عصرهم يأمرون فى حجاج البيت الحرام صائحاً يصيح- لا يفتى الناس إلا عطاء بن أبى رباح. وقد أخذ العلم والحديث عن عطاء خلق كثير. وقال فيه الإمام أبو حنيفة ما رأيت أفقه من عطاء وكانت وفاته سنة ١١٠ من الهجرة. واسم أبى رباح أسلم. هذا هو عطاء.

(٥) ص ٣٥٠ سطر ٢٠ وما بعده.

(٦) هكذا بالأصل.

ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا، وقال الرابع رأيتهما فى ثوب واحد فان كل هذا زنا فهو ذلك. فجلد علـى ابن أبى طالب رضى الله عنه الثلاثة وعـزر الرجل والمرأة ولأنا لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة طريقا إلى القذف.

والقول الثانى أنهم لا يحدون لأن الشهادة على الزنا أمـر جائز فلا يوجب الحد كسائر الجائزات ولأن ايجـاب الحد عليـهم يؤدى إلى أن لا يشهـد أحد بالزنا خوفـا من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون، فتبطل الشهادة على الزنا أ هـ.

وأقول ان ما صنعه عمر وعلى رضى الله عنهما إنما هو اجتهاد منهما وعمل الصحابى المبنى على اجتـهاده ليس حجة يجب علينا الأخـذ بها على القول الصحـيح- راجع كتب الأصول.

على أنى أرى أنه يجب التـفصـيل فى المسألة فـإذا تبين للقاضى من القـرائن وظروف الحادثة أن الشهود سيئـو النية وأن قصدهم التشهير بالمشهود عليـه أو عليها ففى هذه الحالة يجب تعـزيرهم على ما يتـراءى للقاضى بحـسب الظروف، ولعل ما صـنعه عمـر وعلى رضى الله عنهما كان لما تبين لهما من ظروف الحادثة أو لأمر سياسى ترجح مصلحته على غيرها وقد يكون بينا فى مسألة المغيرة.

وأن اقتنع القاضى بأن الشهـود حسنو النية وأنه لا قصد لهم فى التشهيـر بالمشهود عليه وإنما غرضهم اقامة حدود الله لا غير فلا معنى لتعزيرهم فضلا عن اقامة حد القذف.

هذا على ما أرى هو القول الفصل فى المسألة إن شاء الله.

والزنا كـما يثبت بالشهـادة يثبت أيضـا بالاقرار وهذا بالاجـماع، ويثـبت عند بعض الفقهاء بالقرائن اقـتداء بقضاء عمر وعثمان وابن مـسعود رضى الله عنهم فى ذلك. وبعد فالواجب هو الاحتياط والستر فى حق غير المسـتهترين المتهتكين الذين لا يبالون ما يفعلون ولا ما يقال بشأنهم لموت ضمائرهم وفقد احساسهم.

بقيت هنا مسألة نختم بها الموضـوع. وهى ما إذا قال زيد لزوجته أن زنيت فأنت طالق فشهد شاهدان بأنه زنى فإن امرأته تطلق منه بسبب وجود الشرط المعلق طلاقها عليه، وهذا الشرط يكفى لاثبـاته رجلان، بل رجل وامرأتـان، ولكن لا يقام عليه حـد الزنا لأن نصاب الشهادة عـلى ذلك لم يتم. ونظير هذه المسألة جمـيع الحقوق التى تثبت بشـهادة رجلين أو رجل وامرأتين وتكون صحيحة مع التعليق. (انظر الدر المختار).

أقول: يا ترى هل يعتبر الشاهدان قاذفين لعـدم توافر نصاب الشهادة على الزنا فيحدان حد القـذف أم يدرأ عنهما الحد أن قـاما بواجب وهو أداء الشـهادة على شرط علـق عليه الطلاق وفي شهادتهما هذه حسبة ظاهرة؟

الفرع الثاني

الشهادة على الحدود

(المرتبة الثانية) الشهادة على سائر الحدود والقصاص

مذهب الجمهور أنه لا يقبل فيها إلا رجلان، ولا تقبل فيها شهادة النساء.

واستدلوا على ذلك بماقاله الزهرى - مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص أ هـ.

وقال فى نيل الأوطار: وقع الخلاف فى قبول شهادة النساء فى القصاص كشهادة المرأتين مع الرجل، فحكى صاحب البحر عن الأوزاعى، والزهرى، أن القصاص كالأموال تكفى فيه شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وأما ما رواه مالك عن الزهرى أنه قال: لا يجوز شهادة النساء فى الحدود ولا النكاح ولا الطلاق - وقيس على الثلاثة باقى المذكورات بجامع أنها ليست بمال، ولا يقصد منها مال، بل القصد من الوكالة والوصاية الراجعتين إلى المال، الولاية والخلافة - فهو حديث مرسل لا تقوم به حجة، وقد روى باسناد فيه الحجاج بن أرطأة، وهو ضعيف. وعلى هذا لا يصلح هذا الحديث لتخصيص عموم القرآن باعتبار ما دخل تحت نصه، فضلا عما لم يدخل تحته، بل ألحق به بطريق القياس أ هـ.

وقد تقدم ما نقله ابن القيم عن بعض الفقهاء من أنه تجوز شهادة النساء فى الحدود.

وأقول أن عطاء بن أبى رباح الذى يقول بجواز شهادة النساء منفردات، أو مع الرجال، على الزنا، أولى به أن يقوم هذا فى شهادتهن على سائر الحدود لأنها أخف من حد الزنا وكلها حدود.

الفــرع الثــالث

الشـهادة علـى مالا يطلع عليه الرجال

(المرتبة الثالثة) الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال عادة من شئون النساء.

ويكفى لذلك شهـادة امرأة واحدة، وهذا عنـد أبى حنيفة واسـتدلوا على ذلك بحديث «شهادة النسـاء جائزة فيما لا يستطيع الرجـال النظر إليه» قالوا - والجمع المحلى بالألف واللام إذا لم يكن ثم معهود، يراد به الجنس، فيتناول الأقل.

ونقلوا عن حـذيفة رضى الـله عنه أن رسول الله صلـى الله عليه وسلم أجـاز شهادة القابلة على الولادة.

وقال الشافعى يشـترط فيه أربع من النساء، لأن كل امرأتين تقـومان مقام رجل واحد فى الشهادة.

وذهب مالك وابـن أبى ليلى والنورى إلى أنه يشتـرط أن يشهـد فيه اثنـتان من النساء، لأن المعتبـر فى باب الشهادات شيئان، العدد، والذكورة، وقـد تعذر اعتبار أحدهما وهو الذكورة فبقى الآخر وهو العدد على حاله.

ويرد على هؤلاء الحـديث، المتقـدم، ولأنه إنما سـقط اشتـراط الذكورة ليـخف النظر، لأن نظر الجنس إلى جنسـه - أى نظر النساء أخف. لكن الأحـوط الاثنتان، أو الأكثـر لما فى ذلك من معنى الالزام - أى الزام القاضى بأن يقـضى على حسب الشهادة.

على أنه قد تقـبل شهادة رجل واحد، قـال فى المبسوط لو شـهد بالولادة رجل بأن قال فاجـأتها فاتفق نظرى إليها، تقـبل شهادته إن كان عدلا، ولو قـال تعمدت النظر لا يقبل، وبه قال بعض أصحاب الشافعى.

وقال بعض علماء الحنفية والشافعية أن الشهادة تقبل أيضا فى هذه الحالة أ هـ.

ولا سـيمـا إذا دعت الضرورة أو الحـاجة إلى ذلك كـأن يكون الشاهد طبـيبـا ولا مندوحة عنه.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

- لما كانت الشهادة فى اصطلاح الفقهاء هى إخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات. حق على الغير فخرج بذلك الإخبار الكاذب والإخبار الصادق فى غير مجلس الحكم، وكان المقرر فى فقه الحنفية أنه إذا أدعت الزوجة الولادة وأنكر الزوج حدوثها أو حصل خلاف بينهما على تعيين الولد بعد اتفاقهما، على نفس الولادة فإنه يكفى فى الإثبات شهادة امرأة مسلمة عدلة وذلك لأن أصل الولادة وتعين المولود من الأمور التى لا يطلع عليها إلا النساء عادة فتكفى فيها شهادتهن وحدهن إذ لو اشترط فى إثباتها نصاب الشهادة الكاملة لأدى ذلك إلى الحرج وهو مرفوع شرعا، أما إذا ثار هذا النزاع بين الزوج ومعتدته من طلاق رجعى بائن فلا يثبت النسب عن الإمام أبى حنيفة إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عدول تبعا لانقضاء الفراش بانقضاء العدة فوجبت الحجة الكاملة وذلك ما لم يقر الزوج بالحمل أو كان الحمل ظاهراً فإن النسب يثبت قبل الولادة بالفراش وتقوم الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة وحدها، أما الصاحبان فلم يشترطا سوى شهادة امرأة واحدة عدلة فى كل حالة وهو الرأى المفتى به فى المذهب دفعا للحرج الناشىء عن اشتراط الشهادة الكاملة[1].

الراجح فى مذهب الحنفية - وهو قول الصاحبين - أنه يكتفى لإثبات الولادة من المعتدة من طلاق بائن إذا أنكرها الزوج بشهادة القابلة أو أية أمرأة سلمه عدلة، والشهادة هنا لا تنصب على ثبوت النسب طالما أتت المعتدة بالولد فى مدة يحتمل أن يكون من مطلقها، فهى شهادة على مجرد واقعة الولادة، وثبوت النسب إنما يجىء تبعا لا قصدا، ويكون استلزام الشهادة الكاملة فى هذه الحالة على غير أساس[2].

---

(١) الطعن رقم ٥٠ أحوال شخصية لسنة ٥١ قضائية جلسة ١٣/ ١١/ ١٩٨٢

(٢) الطعن رقم ٦ سنة ٤٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٧ / ١ / ١٩٧٦) مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض خمسين عاما ص ٦٨٤، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٥٧

الفــرع الرابــع

الشـــهادة على الحـــقوق

(المرتبة الرابعة) الشهادة على سائر الحقوق غير ما تقدم:

كالبيع، والنكاح، والوكالة، والوصية، والاجارة، والهبة، والطلاق، والقتل الذى لا قصاص فيه وهو الذى موجبه المال وسائر المعاملات المالية. ونصاب الشهادة فى كل أولئك رجلان أو رجل وامرأتان(1).

وقال الشافعى - لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها كالإعارة والكفالة، والاجل، وشرط الخيار قال لأن الأصل فى شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل، واختلال الضبط، وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة. ولهذا لا تقبل بالاتفاق فى الحدود ولا تقبل شهادة الأربع وحدهن. إلا أنها قبلت فى الأموال للضرورة أحياء لحقوق العباد، لكثرة وقوعها، وقلة خطرها، فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا، وأقل وقوعا منها كالنكاح والطلاق والرجعة.

ورد على ذلك فى الهداية والفتح بأن الأصل فى شهادة النساء القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية قبول الشهادة، وهو المشاهدة التى يحصل بها العلم للشاهد، والضبط الذى يبقى به العلم، والأداء الذى يحصل به العلم للقاضى. والنساء فى ذلك كالرجال. ولهذا قبلت روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة كلها. وأما جعل الشارع الثنتين فى مقام رجل فقد قال فى الفتح أنه ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك، بل لإظهار درجتهن بالنسبة للرجل، ليس غير، ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال، لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال، وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين فى جنس النساء. سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان فى جنسهن - وأن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال - لقوله تعالى: «أن تضل أحداهما فتذكر أحداهما الأخرى»، لكن هذا انجبر بضم الأخرى إليها، إذ لا يجوز التفريق بينهما عند أداء

---

(1) مادة ٦٣ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

«نصاب الشهادة فى حقوق العباد المالية رجلان أو رجل وامرأتان».

الشهادة فلم يبق حينئذ إلا الشبهة فلم تقبل شهادتهن فيما يندرىء بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات،

وأما عدم قبول الأربع وحدهن فهو على خلاف القياس كأنه كى لا يكثر خروجهن أ هـ.

بل حكى ابن القيم عن شريح وزارة بن أبى أوفى من قضاة السلف العادلين أن كل واحد منهما قضى بشهادة شاهد واحد. ثم قال: إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد جاز له الحكم بشهادته وأن رأى تقويته باليمين فعل، وإلا فليس بشرط أ هـ.

وقال فى موضع آخر وقد صح عن معاوية أنه قضى فى داربشهادة أم سلمة أم المؤمنين ولم يشهد بذلك غيرها.

ونقل الحموى أنه تقبل شهادة النساء وحدهن فى القتل فى حكم الدية لئلا يهدر الدم، ومثله فى خزانة الفتاوى، ولعله مقيد مما إذا كان القتل بمكان لا يكون فيه إلا النساء وحدهن كالحمام. ومثل ذلك ما قاله ابن القيم فى قبول شهادة النساء منفردات فى الأعراس والحمامات، وسائر المواضع التى تنفرد النساء بالحضور فيها. وذلك صونا للحقوق، للضرورة، فإذا لم تقبل شهادتهن منفردات فى هذه الحالة ضاعت الحقوق وتعطلت وأهملت، مع حصول الظن الراجح، أو القطعى بصدقهن.

وهاك بعض نبذ مما قاله ابن القيم فى هذا الموضوع. قال:

المقصود بالشهادة أن يعلم بها ثبوت المشهود به، وأنه حق وصدق، فإنها خبر عن المشهود به، وهذا لا يختلف بكون المشهود به مالا أو طلاقا أو عتقا أو وصية، بل من صدق فى هذا صدق فى هذا أيضا. فإذا كان الرجل مع المرأتين كالرجلين يصدقان فى الأموال، فكذلك صدقهما فى هذا. وقد ذكر الله سبحانه حكمه تعدد الاثنتين فى الشهادة، وهى أن المرأة قد تنسى الشهادة، وتضل عنها فتذكرها الأخرى، ومعلوم أن تذكيرها بالرجعة والطلاق والوصية مثل تذكيرها بالدين وقال:

المرأتان فى الشهادة على الرجعة كالرجل الواحد، بل هذا أولى فإن حضور النساء عند الرجعة أيسر من حضورهن عند كتابة الوثائق بالديون، وكذلك حضورهن عند الوصية وقت الموت، فإذا جوز الشارع استشهاد النساء فى وثائق

الديون التى يكتبها الرجال مع أنها إنما تكون غالبا فى مجامع الرجال، فلأن يسوغ ذلك فيما تشهده النساء كثيرا كالوصية والرجعة، أولى. وقال:

إذا عقلت المرأة وحفظت وكانت ممن يوثق بدينها كان المقصود حاصلا بشهادتها، كما يحصل بأخبار الديانات، ولهذا قبلت شهادتها وحدها فى مواضع، ويحكم بشهادة امرأتين مع يمين الطالب، فى أصح القولين، وهو قول مالك، وأحد الوجهين فى مذهب أحمد. وقال نقلا عن شيخه ابن تيمية: ولو قيل بشهادة المرأة ويمين الطالب لكان متوجها، لأن المرأتين إنما أقيمتا مقام الرجل فى تحمل الشهادة لئلا تنسى أحداهما، وهذا بخلاف الأداء، فإنه ليس فى الكتاب ولا فى السنة أنه لا يحكم إلا بشهادة امرأتين ولا يلزم من الأمر باستشهاد المرأتين وقت التحمل ألا يحكم بأقل منهما. فإنه سبحانه أمر باستشهاد رجلين فى الديون، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، ومع هذا فيحكم بشهادة واحد ويمين الطالب، ويحكم بالنكول، وباليمين المردودة، وغير ذلك، فالطرق التى يحكم بها الحاكم أوسع من الطرق التى أرشد إليها صاحب الحق ليحفظ بها حقه.

وقد ثبت فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سأله عقبة بن الحرث فقال - أنى تزوجت امرأة فجاءت أمة سوداء فقالت أنها أرضعتنا. فأمره بفراق امرأته. فقال: إنها كاذبة. فقال دعها عنك. ففى هذا قبول شهادة المرأة الواحدة، وأن كانت أمة، وبشهادتها على فعل نفسها قال ابن القيم:

وهذا أصل عظيم، فيجب أن يعرف - غلط فيه كثير من الناس. فإن الله سبحانه أمر بما يحفظ به الحق فلا يحتاج معه إلى يمين صاحبه، وهو الكتاب والشهود، لئلا يجحد الحق أو ينسى، ويحتاج صاحبه إلى تذكير من لم يذكره، أما جحودا، وأما نسيانا. ولا يلزم من ذلك أنه إذا كان هناك ما يدل على الحق لم يقبل إلا هذه الطريق التى أمره الله أن يحفظ حقه بها. وقال عند كلامه في البينة - وما أحسن ما قال - إذا ظهرت امارات العدل، وأسفر وجهه بأى طريق فثم شرع الله ودينه. والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشىء، ثم ينفى ما هو

أظهر منه وأقوى دلالة، وأبين إشارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجوده بموجبه بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط. فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين، ليست بمخالفة له .أ هـ. (٢).

وقال فى فى التبصرة ما خلاصته، يجب الحد على من وجدت منه رائحة الخمر أو قاءها، وحكم به عمر. وقال فى موضع آخر: وإذا ظهر الحمل بحرة بلدية «أى من أهل البلد» ليست بغربية ولا يعرف لها زوج فإنها تحد. ولا يقبل قول المرأة أنى

---

(٢) هذا هو ما قاله علماء الشريعة الإسلامية وأئمتها فى الشهادة على العموم، وشهادة المرأة على الخصوص. وأنى أرى من باب العلم بالشىء فقط أن أذكر هنا بعض ما يقول رجال القانون فى أوربا فى شهادة المرأة قال صاحب كتاب السر فى خطأ القضاء الاستاذ ج. جيلرمه المحامى أمام محكمة استئناف باريس وقد ترجم كتابه هذا إلى اللغة العربية وطبع فى مصر سنة ١٩١٤ - ليس بغريب أن تلجأ المرأة إلى الكذب لأنها تتلقاه مع ما خلص لها من تراث العصور السالفة التى كانت فيها أقرب إلي الرق منها إلى الحرية، وأطوع للرجل الذى كان يعاملها معاملة الهمج والتوحش من بنانه. ولا شك فى أن هذه السلطة الاستبدادية موجودة حتى الآن وأن تكن قد تغيرت فى الشكل فقط. وما سلاح المرأة الذى تدع به همجية الرجل واستبداده إلا الظهور فى مظهر الضعف المؤثر فى النفس والابتسام الذى يسرى فعله إلى القلب سريان الكهرباء والتعويل على المكر فى أغلب تصرفاتها أ هـ بحروفه. وقال بعد ذلك: وفى سجلات القضاء أمثله كثيرة على الغلطات القضائية التى سببتها شاهدات الزور ونقل قضيتين من القضايا المهمة - للدلالة على ما قاله ثم قال ما نصه: هاتان القضيتان من القضايا المهمة، وهناك قضايا غيرها لا حصر لعددها تدل على أن كذب المرأة كثيرا ما يسوق الأبرياء إلى مواقف المتهمين، وسبب ذلك راجع إلى ما خصت المرأة به من سرعة التأثر والانفعال بما يلقى فى روعها، حتى أنها إذا وقفت كشاهد بين يدى قاض حاذق استطاعت بشهادتها أن تفضى بالتحقيق إلى نتائج مدهشة. ثم قال: - إننا لم نتكلم حتى الآن إلا على المرأة التى ترتكب الجريمة بقصد ارتكابها، ولا تحاسب ضميرها قبل اقترافها إياها، فإذا تكلمنا الآن على المرأة الهستيرية فلابد من الإحاطة بعنصر من العناصر الفعالة فى الغلطات القضائية. وبعد أن أفاض القول فى ذلك قال إن المرأة الهستيرية لا تخشى شهادة الزور، ولا اليمين الكاذبة، ثم ساق بعض حوادث قضائية استشهد بها على ما قاله. وقد استغرق كلامه فى شهادة النساء من صفحة ١٤٧ إلى صفحة ٢٠٧ فراجعه أن شئت.

غصبت أو كنت مكرهة إلا أن تظهر أمارة صدقـها، وكذا لا يقبل قولها أن الحمل من زوج طلقنى أو غاب عنى. وأمـا الطارئة فإنه يقبل منها ذلـك لكونها غريبة وصـدقها مـحتـمل. لكنه نقل عن البـاجى «وهو من كبـار فقـهـاء المذهب المالكى». أنه اختـار سقوط الحد عن البلدية أيضا وأن لم يكن ثم أمـارة ولعل الباجى لم ير إقامة الحد مع قيام الاحـتمال عملا بحـديث أدرءوا الحدود بالشبهات. وقـال فى موضع ثالث نقلا عن الإمام مـالك أنه سئـل فيمن دخل عـليه السراق فـسرقـوا متـاعه وانتـهبـوا ماله، وأرادوا قـتله فنازعهم وحـاربهم ثم ادعى أنه عـرفهم، أو لـم يعرفـهم، أهو مصـدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة مستحلين لها، أو ترى أنه يكلف البينة أ هـ. قال هو مصدق وقد نزلت هذه الحادثة بالمدينة فى زمان عمر رضى الله عنه فغرم عمر السراق بناء على قول المسروق منه، ونكلهم عقوبة موجعة، ولم يكلفه البينة أ هـ.

فأنت ترى مما قاله في التـبصرة جواز الحكم بناء على القـرينة وهو قول فريق من الفقهاء وسيأتى فى باب الاستدلال بالقرائن تمام هذا الموضوع.

والحاصل أن فقهاء الشريعة قد انقسموا فى موضوع الأدلة إلى قسمين فمنهم من حدد وقيم وجعل للشهادة نصابا فى كل شىء فاحتاطوا أقصى ما يمكن من الاحتياط حتى توجـد طمأنينة نفس القاضى يرجـحان صدق المدعى إلى أبعـد ما فى الأمكان، وهؤلاء جمهور الفقهاء لكنهم رخصوا حيث تقضى الضرورات بالترخيص فى ذلك ترجيـحات لأخف الضررين وحفظا للحـقوق بالقدر المسـتطاع ومنهم وهم من عدا الجمهور - من تحلل من قيود النصاب، حاشـا الزنا إذا كان دليله شهادة الشهود فرأوا قبول أى دليل تثبت به دعوى المدعى، ولو كـان الدليل شهادة رجل واحد، أو شهادة امرأة واحدة، أو قـرينة أو يد ظاهرة، أو أى دليل كان. وقد صور مـذهب هذا الفريق شيخ الإسلام ابن تيمية رضى الله عنه بقوله «إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق فثم شرع الله».

هذه هى جملة القول فيما رآه فقهاء الشرع الإسلامى.

وأما فقـهاء القوانين الوضعية فـقد وافقوا الجمهـور من فقهاء الشريعة فى تقـييد الإثبات من حـيث هو بالقواعد المرسومـة فى باب الإثبات من القانون والمتفـرقة فى

أبوابه. ثم توسعوا فيما وراء ذلك بالنسبة للشهادة وبالنسبة للقرائن حيث تقضى المصلحة وترجح كفتها، وقد وكلوا الأمر إلى طمأنينة نفس القاضى وارتياح ضميره فى تقدير الأدلة (٣).

وأنت إذا قارنت بين جملة ما قاله علماء الشريعة وما قاله علماء القانون وجدت الأمر قد هان. وكاد يتفق الرأيان(٤).

---

(٨٢) قال الأستاذ أبوهيف بك رحمه الله. للمحكمة الحرية المطلقة فى الأخذ بشهادة الشهود أو اهمالها بحسب ما يتراءى لها فهي تقدرها وتزنها غير مقيدة بعدد الشهود ولا بأى اعتبارات أخرى فإن شاءت حكمت بمقتضاها، وأن شاءت عدلت عنها وقضت بقرائن الأحوال.

(٨٣) وقال الأستاذ العشماوى بك في فحص المحكمة لشهادة الشهود لتكون اعتقادها في قيمة الشهادة: أن المحكمة فى تكوين اعتقادها هذا ليست ملزمة باحترام شهادة معينة أو استبعاد بعض الشهادات والأخذ ببعضها فلها أن تبنى اعتبادها على ما تستخلصه من شهادة فرد واحد، وترد شهادة كثيرين من الشهود لعدم الثقة بها، ولو اتفقت أقوالهم، وإذا تعارضت أقوال شهود الخصمين فى الواقعة الواحدة فهى ترجح بعض الأقوال على بعضهما الآخر مسترشدة بما يساعدها على هذا الترجيح.

وأقول أنظر تعارض البينات ودعوى الرجلين في المذهب الحنفى وغيره من كتب جماهير فقهاء الشريعة، وقارنه بما هنا) ولما كان الإثبات بالقرائن جائزا فى الحالات التى يصح فيها الإثبات بالبينة فللمحكمة أن تستعين بالقرائن على هذا الترجيح وعلى استكمال ما في شهادة الشهود من نقص أو إصلاح ما فيها من خطأ أ هـ.

وقال الأستاذ القللى الشهادة كباقى الأدلة خاضعة لتقدير القاضى واقتناعه فلقاضى الموضوع القول الفصل فى تقدير قيمة شهادة الشهود واستخلاص الدليل منها سواء لصالح المتهم أو ضده وله ان يكون اعتقاده مما يسمعه من أقوال الشهود ولو كانت متناقضة وله ترجيح أقوال بعض الشهود على البعض الآخر سواء كانوا شهود إثبات أو شهود نفى وسواء سمعت بعد حلف اليمين أو على سبيل الاستدلال، أو كانت سماعية، وسواء كانت الأقوال صادرة فى التحقيق الابتدائى أو فى الجلسة.

وسواء كان بين الشاهد ومن شهد لصالحه صلة قرابة أو مصاهرة أو علاقة أخرى. وله تجزئة أقوال الشاهد كما يتراءى له. وليس عليه أى قيد فيما يتعلق بعدد الشهود الذين يبنى اقتناعه على أقوالهم. فله أن يبنى حكمه ولو على شهادة المدعى بالحق المدنى وحده. ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى كل تقديره هذا أ هـ.

وقارن هذا بما نقلناه آنفا من التبصرة عن الإمام مالك وما نقلناه عن الشفشاونى.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- نصاب الشهادة الشرعية رجلان أو رجل وامرأتان(١)

- الشهادات فيما يشترط فيه العدد. شرط صحتها. اتفاقها مع بعضها. نصاب الشهادة على شرعية المسكن وفقا للرأى الراجح فى فقه الأحناف، رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول(٢).

- الشهادة على الضرر الموجب للتطليق - وفقاً للراجح فى فقه الأحناف - نصابها. رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول. م ٢٨٠ لائحة شرعية(٣).

البينة فى دعوى إثبات الطلاق وفقاً للراجح في مذهب أبي حنيفة. شرطها أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين(٤).

- اتفاق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه كاف لاكتمال نصاب الشهادة في دعوى التطليق للضرر. عدم اشتراط أن تنصب الشهادةً على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء(٥).

---

(١) طعن ١ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦/ ١٠/ ٧٧

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٦٩ - ٦٧٠ قاعدة ١٨٧٢ - ١٨٧٥.

(٢) الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ١/ ٧/ ١٩٩٨.

(٣) الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/ ٦/ ١٩٩٩.

(٤) الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦/ ٥/ ٢٠٠١، الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٠/ ٣/ ٢٠٠١، الطعن رقم ٢٢٨ سنة ٥٩ ق أحوال شخصية جلسة ٢٤/ ١١/ ١٩٩٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص١٢٠٧.

(٥) الطعن رقم ٥٤٧ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١/ ٥/ ٢٠٠١.

، (الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٤/ ٤/ ٢٠٠١.

، (الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٤/ ٤/ ٢٠٠١.

، (الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١/ ٤/ ٢٠٠١.

، (الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠/ ١/ ٢٠٠١.

- إذا ادعت امـرأة على رجل أنـهـا ولدت منه ولم تكن فـراشـا لـه فلهـا إثبـات مدعاها بالبـينة الكاملة أى بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامـرأتين عدول والبينة فى هذا المجـال أقوى من مـجرد الدعـوى أو الإقرار، والشـهـادة المنصبـة على النسب لا يشترط فيها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان(٦).

- إذ كان اشـتراط بعض فقـهاء الحنفـية عدم التـفريق بين المرأتين لدى ادلائهـما بالشهادة سنده قول الله تعالى فى سورة البقرة «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامـرأتان ممن ترضون من الشهـداء أن تضل أحداهما فتـذكر إحـداهما الأخـرى»، وكانت الآيـة الكريمة لم تشتـرط اجـتمـاع المرأتين عند الأدلاء بالشهادة إنما أوردت العلة فى جعل شهـادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد، وهى أن المرأة معرضة لـلنسيان وأن وجود أخرى معهـا يعينها على التذكر، وكـان مقتضى هذه العلة أن اشتراط سـماع المرأتين مجتمـعتين لا يكون إلا إذا جاءت أقوالهمـا غير متطابقة فإن موجب عدم التفريق بينهما عند الشهادة يكون منتفيا(٧).

(الطبـعة الرابعـة) يلاحظ أنه لا يجـوز التـفريق بين المرأتـين عند أداء الشهـادة ، ولكن إذا سمعتـا منفردتين وجاءت أقوالهما غير مـتطابقة فيجب مواجهتهـما لتذكر إحداهما الأخرى ، ولا يؤخذ إلا بما تتفقان عليه.

---

(٦) الطعن رقم ٣ سنة ٤٥ ق أحـوال شخصـية جلسة ٢٩/ ١٢/ ١٩٧٦ مـجموعـة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٨٣٤.

(٧) طعن رقم ٤٣ سنة ٤٨ ق أحوال شخصية ٢٠/ ١/ ١٩٨١ غير منشور

، الطعن رقم ٥ لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية جلسة ١١/ ٢/ ١٩٨٦ ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٣٧ ص ٢٠٠



الفصل الثامن

موافقة الشهادة للدعوى
وموافقة الشهادة للشهادة
مقدمة وتمهيد

جاء في المادة (١٧٢) من لائحة سنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية مانصه «يكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وأن اختلفت الألفاظ. وكذا فى مطابقة الشهادة للدعوى، وجاء فى مذكرتها الإيضاحية مانصه: الفقرة الثانية منها هى المادة (٣٤) من لائحة سنة ٩٧ وأما الفقرة الأولى فقد زيدت على أصل المادة لتنبيه القضاة إلى حكم شرعى للعمل به، وقد كانوا على خلافة فلا يعتبرون الشهادة إلا إذا اتفق الشاهدان لفظا ومعنى بناء على حكم شرعى آخر فى هذا الموضوع.

وقد لوحظ فى التعديل أن فى العمل بهذا الحكم صعوبة على الناس، وقد يؤدى العمل به إلى ضياع حقوق كثيرة، فإنه قل أن يتفق شاهدان على ما شهدا به لفظا ومعنى. فقصد بذكر هذا الحكم الزام القضاة بالعمل به تسهيلا على المتقاضين. أما الحكم الذى جاء بأصل المادة من لائحة سنة ٩٧ وبالفقرة الثانية من مادة التعديل فهو حكم متفق عليه، ولذلك جرى عليه العمل من قبل أ هـ.

أقول: لقد ظلمت المذكرة الإيضاحية الشرع ظلما مبينا فى قولها إن اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى (على مافهمه كاتب تلك المذكرة وفهمه من شاركوه فى وضع اللائحة) حكم شرعى. إذ الغرض من توافق الشاهدين لفظا ومعنى هو الموافقة المطابقية أى أن ما يؤديه أحد الشاهدين من معنى الشهادة بألفاظه يساوى ما يؤديه الشاهد الآخر بألفاظه، وأن اختلفت نفس الألفاظ فى كل من الشهادتين فالمدار على تساوى الشهادتين فى ذلك فلو قال أحد الشاهدين أن لفلانة فى ذمة زوجها فلان مبلغ كذا مؤخر صداقها وقال الآخر أشهد أن فلانا مدين لزوجته فلانة بالمؤخر من

مهرها وهو مبلغ كذا قبلت الشهادة بالاجماع من أبى حنيفة وصاحبيه.

ومراد الفقهاء بالموافقة فى المعنى الموافقة التضمنية كأن يدعى زيد على بكر بمبلغ ألف وخمسمائة قرش وشهد الشاهدان بألف أو يشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة. وسيأتى ما يوضح هذا فى البيان التفصيلى لهذا المسألة التى ضلت فيها الأفهام مع وضوح الأمر فيها بالرجوع إلى الكتب الفقهية فى مذهب أبى حنيفة والله الموفق.

ثم عدلت هذه المادة بالمادة السابعة من المرسوم بقانون الصادر في ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ وهاك نصها:

«يكفى في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وأن اختلفت الألفاظ. وكذا فى مطابقة الشهادة للدعوى ولا يشترط فى قبولها لفظ أشهد».

فزيد فى التعديل الفقرة الأخيرة، ولا علاقة لهذه الزيادة بأصل الموضوع ولكن سببها استبدال اليمين بالشهادة على ما أسلفنا.

ثم نقل هذا النص المعدل إلى اللائحة الشرعية فى المادة (١٧٥) (١).

ولأذكر هنا مجملا لما جاء فى الكتب الفقهية على المذهب الحنفى ثم أتبعه بالبيان التفصيلى.

موافقة الشهادة للدعوى:

إن كان الدعوى في حقوق الله تعالى.

فلا يشترط موافقة الشهادة لها - قولا واحدا - وذلك لأن حقوق الله تعالى تجوز فيها الشهادة حسبة ويكون الشاهد مدعيا بما يشهد به ولذا يستغنى عن دعوى صاحب الحق الأصلى فى المسألة، فإذا ادعى وخالفت الشهادة دعواه وجب الاعتماد على ما تشبته الشهادة ويصرف النظر عن دعوى صاحب الحق الأصلى لأنها دعوى لم تؤيدها شهادة.

---

(١) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والغى هذا القانون بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

مثال ذلك أن تدعى امرأة على زوجها أنه قال لها يوم كذا فى مكان كذا أنت طالق ثلاثا، ويقول الشهود إننا سمعناه فى يوم كذا ومكان كذا (يوم ومكان آخران) زوجتى فلانة محرمة على.

وإن كانت الدعوى في حقوق العباد

كأن يدعى بكر على زيد أن زيدا مدين له بمبلغ مائة وعشرين جنيها فإن وافقت الشهادة الدعوى موافقة مطابقية بأن شهد الشهود بالمبلغ المدعى قبلت الشهادة لموافقتها الدعوى بالمطابقة وكذا لو شهد الشهود بمائة فقط فإن الشهادة تقبل أيضا باتفاق من الإمام وصاحبيه لوجود الموافقة التضمنية بين الشهادة والدعوى، وهذا هو المعنى بقول الفقهاء (الموافقة فى المعنى) فليكن هذا على ذكر منك ولاتنسه عنه وحينئذ يقضى للمدعى بمائة وهو القدر الذى ثبت بشهادة الشهود، وأما الباقى فلا يقضى له به إلا ببينة أخرى وله أن يحلف المدعى عليه بواسطة القاضى على ذلك المقدار.

وإن شهد الشهود بأكثر مما أدعاه المدعى فلا تقبل الشهادة إلا إذا وفق المدعى بأن قال أن ما كان لى فى ذمة المدعى عليه هوما شهد به الشهود الآن ولكنى أخذت منه كذا وبقى لى فى ذمته كذا وهو ما إدعيته الآن والشهود لم يعلموا بذلك فإذا قال هذا قضى له بما ادعى.

أما إذا خالفت الشهادة الدعوى من كل وجه فإنها لا تقبل ولا يقضى للمدعى بما ادعى لأنه صار أمامنا فى هذه الحالة دعوى بلا شهادة، وشهادة بلا دعوى. مثال ذلك أن يدعى زيد على بكر أن بكر اغتصب منه ساعته الذهبية ويشهد الشهود بأن بكرا ارتهن من زيد ساعته الفضية.

موافقة الشهادة للشهادة:

ذهب أبو حنيفة إلى أنه لابد من الموافقة المطابقية بين شهادتى الشاهدى بأن يكون ما تفيده شهادة أحد الشاهدين من المعنى عين ما تفيده شهادة الآخر، ولو اختلفت

الألفاظ فلو قال أحد الشاهدين إن زيدا وهب لبكر كذ وقال الآخر أن زيدا أعطى بكرا كذا على سبيل التبرع وجدت الموافقة بين الشهادتين، ولو اختلفت الألفاظ.

وأما إذا وجد بين الشهادتين موافقة تضمنية فلا تقبل الشهادة على قول أبى حنيفة مثال ذلك أن يدعى زيد على بكر أن الدار الفلانية التى تحت يد بكر ملك لزيد وقد وضع بكر يده عليه بدون حق فشهد أحد الشاهدين بمثل ما قاله المدعى وشهد الآخر بأن لزيد نصف تلك الدار فلا تقبل الشهادة على قول الأمام لعدم الموافقة المطابقية بين الشاهدين.

وأما على قول الصاحبين أبي يوسف ومحمد فإن الشهادة تقبل ويقضى لزيد بنصف الدار لتوافق الشاهدين على ذلك فى المعنى، وأما النصف الآخر فلابد له من بينة أخرى أو يحلف المدعى عليه وبهذا ظهر معنى قولهم الموافقة فى المعنى والموافقة فى اللفظ والمعنى.

الفـــرع الأول

مـوافـقـة الـشـهـادة لـلـدعـوى

المشهود به إما حق الله وإما حق العبد:

فالأول تقبل فيه الشهادة حسبة وتصح بدون الدعوى من المشهود له كما تقدم فى دعوى الحسبة فإن وجد مع تلك الشهادة دعوى فلا تضر مخالفة الشهادة لها كما لو ادعت الطلاق فشهدوا بالخلع فالشهادة مقبولة.

والحاصل أن حقوق الله تعالى لا تشترط فيها الدعوى من المشهود له وذلك لأن إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل إنسان، وكل واحد خصم فى إثباتها فصار كأن الدعوى موجودة ضمن الشهادة فاستغنى عن دعوى المشهود له .

وأما حق العبد فلا تقبل فيه الشهادة بلا دعوى من صاحب الحق أو نائبه. لأن ثبوت حقوق العباد يتوقف على مطالبتهم بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم من وكيل ونحوه (أنظر تكملة رد المحتار فى باب الاختلاف فى الشهادة).

وعلى هذا فلابد من موافقة الشهادة للدعوى فى تلك الحقوق على البيان الآتى: والكلام فى هذا ينحصر فى أربع مسائل:

المسألة الأولى: موافقة الشهادة للدعوى موافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود عين ما ادعاه المدعى. ولا شك فى قبول الشهادة فى هذه الحالة لقيام الحجة المؤيدة للدعوى.

المسألة الثانية: موافقة الشهادة لبعض الدعوى، وتسمى موافقة تضمنية، وذلك بأن يكون ما شهد به الشهود بعض ما ادعاه المدعى، وفى هذه الحالة تقبل الشهادة اتفاقا، ويقضى القاضى بما شهد به الشهود وهو القدر الثابت من المدعى بالبينة، وأما الزائد فالدعوى فيه بلا بينة فلابد للحكم به من بينة تثبته أو يحلف المدعى عليه، ويكون المدعى فى هذه الحالة كأنه ادعى أمرين قامت على أحدهما البينة دون الآخر.

وهذه المسألة تحتها صورتان (الأولى) أن يكون مقدار ما شهد به الشهود أقل من مقدار ما ادعاه المدعى مع اتحاد الجنس، كأن يدعى ألفا وخمسمائة درهم فيشهد الشهود بألف درهم. أما لو شهدوا بمائة دينار فلا يقضى بشيء لأن الموجود حينئذ شهادة بلا دعوى، ودعوى بلا شهادة(١) (الثانية) أن يكون ما ادعاه المدعى متضمنا معنى أكثر من المعنى الذى تضمنته شهادة الشهود مع دخول ما شهد الشهود فيه ضمنا. أو يقال: ما شهد به الشهود يصلح بيانا لما ادعاه المدعى. مثال ذلك أن يدعى الكفيل أنه أدى الدين المكفول إلى الدائن فيشهد الشهود بأن الدائن قد أبرأه منه، فإن القاضى يقبل الشهادة ويقضى ببراءة الكفيل وحده ويكون للدائن الحق بعد ذلك فى الرجوع على الأصيل فقط ولا يكون للكفيل الحق فى الرجوع على الأصيل ولو كانت الكفالة بأمره وأمره معتبر شرعاً، وكان الكفيل قد أدى الدين فى الواقع ولبيان ذلك أقول ان اسقاط الدين عن المدين يسمى براءة اسقاط، واستيفاء الدين منه يسمى براءة استيفاء، فاسم البراءة مشترك بينهما، وتزيد براءة الاستيفاء بشغل ذمة الدائن بدين مماثل للدين المشغولة به ذمة المدين فيلتقى الدينان قصاصا ــ هكذا فهم علماؤنا مسألة قضاء الدين ــ فكأن الكفيل بدعواه الأداء قد ادعى دعويين: الأولى براءة ذمته من دين الكفالة، والثانية شغل

---

(١) أقول: الدينار يساوى عشرة دراهم لكن جنس الدينار غير جنس الدرهم: فالأول من الذهب والثانى من الفضة. فهل إذا ادعى زيد فى وقتنا هذا ان له فى ذمة بكر عشرة جنيهات مصرية وشهد شهوده بأن له فى ذمة المدعى عليه ألف قرش مصرى صاغا ــ تقبل الشهادة لاتفاق المدعى وشهوده على قيمة المشهود به واتحادهما فى المعنى مع الاستعانة بالعرف على أنه لا فرق بين قولنا مائة قرش (مثلا) وقولنا جنيه مصرى ــ أو ترد الشهادة لاختلاف الجنس؟ والظاهر هو القبول نظرا إلى المعنى.

ويلاحظ أن أنواع الدينار كانت متعددة ومختلفة فى القيمة وأن النسبة بين الدينار والدرهم لم تكن ثابتة. وقد كان الحال عندنا كذلك فى النسبة بين الجنيه وما يقدر به من الفضة وبين قطع الفضة الكبيرة كالريال والقرش ولم يستقر الحال إلا بعد ظهور النقود الجديدة الحالية فاستقرت النسبة بين قطع النقود المصرية من الذهب والفضة استقرارا نهائياً.

ذمة الدائن بدين له كـالدين الذى كان عليه، فيلزم على هذا سـقوط الدين الذى كـان للدائن المكفول له لشـغل ذمـته بمثله، فليـس له إذا أن يطالب به أحدا بعـد ذلك: لا الكفـيل، ولا الأصـيل. وكـذلك يدعى الكفـيل بأن ذمـة الأصـيل قـد أصبـحت مشغـولة بدين له مثل الذى أداه إلى الدائن ــ على فـرض أن الكفالة كانت بأمـره المعتـبر ــ وقد قـام الكفيل بما التـزم به. هذا هو ما تقـتضيـه دعوى البراءة بسبب الاستيفاء. وأما براءة الاسقاط فلا تستلزم شغل ذمة الدائن بمثل ما كان له على المدين وإنما مـعناها فراغ الذمة من الدين لا غـير. وعلى ذلك يكون خلو الذمة من الدين هو القـدر المشترك بين البراءتين، وهو أيضا القـدر المشترك بين الدعـوى والشهادة فـيقـضى به. وبهذا يظهـر أن ما شـهد به الشـهود داخل ضمنا فيـما ادعاه المدعى ويصلح بيانا له بأن يقـال أبرأه لأنه أداه إليه. هذا شرح ما قالوه فى هذه المسألة.

المسألة الثالثة: موافقـة الدعوى لبعض الشهـادة بأن يكون ما يشهد بـه الشهود أكثر مما ادعاه المدعى كـما إذا ادعى ألفا وشهدا بألف وخمـسمائة. وفى هذه الحالة لا تقـبل الشـهـادة إلا إذا وفق المدعى بأن قـال ان الدين كـان فى الأصل ألـفـا وخمـسمائة كـما قـال الشهود، فـأبرأته من خمسـمائة، أو أوفـانيها، والشـهود لا يعلمون بذلك، فإن الشهادة حينئذ تقبل ويقضى بألف. وإنما لم تقبل الشهادة بدون التـوفيـق لأن المدعى قد أكـذب شـهوده «بحسب الظاهر من دعـواه» فى القـدر الزائد، والتكذيب تفـسيق، ولا شهـادة لفاسق، فـإذا وفق فقد بين للـقاضى أنه لم يكذب الشهود فارتفع المانع من قبول الشهادة.

كتب فى ظفر اللاضى أن شـهادة الشهود بأكثـر مما ادعاه المدعى لا توجب اهمال مـا شهـدوا به من الزيادة، بل يقضـى بتلك الزيادة لثبـوتها بـالمستند الشـرعى، وعلى المشهود عليه أن يبرهن على أنه أدى بعض المشهود عليه أو كله إلى آخر ما قال مما هو مخـالف للمـذهب ولما هو متـفق عليه من أن القـاضى لا يقضى للمـدعى بأكثـر مما

ادعاه، إذ لا يجوز التبرع بالقضاء وليس للشهود أن يثبتوا حقا لإنسان لم يطلبه.

وهاك بعض أمثلة للمسألتين الثانية والثالثة:

(١) ادعى دارا فشهدا له بنصفها، قبلت الشهادة. وإذا ادعى النصف فشهدا له بالكل لا تقبل إلا إذا وفق.

(٢) ادعى ملكا مطلقا فشهدا به بسبب كالشراء قبلت لكونها بأقل مما ادعى. أما إذا ادعاه بسبب وشهدا بمطلق فلا تقبل لكونها بالأكثر إلا إذا وفق «أنظر الفرق بين الصورتين فى كتاب الدعوى». وانظر معين الحكام ففيه تفصيل وخلاف.

(٣) ادعى الملك المطلق فشهدا بالنتاج لا تقبل إلا إذا وفق، وبالعكس تقبل. ويرجع فى معرفة الفرق إلى ما تقدم.

(٤) ادعى النتاج فشهدا بالشراء من معين لا تقبل لأن ما شهدا به وان كان أقل من الدعوى لا يصلح بيانا لها لأنه لا يقال نتج عندى لأنى اشتريته.

(٥) ادعى الشراء منذ شهرين وشهدا به منذ شهر تقبل وبالعكس لا تقبل.

(٦) ادعى أن هذه الدار له إلا هذا البيت فشهدا بالدار كلها لا تقبل، إلا إذا وفق.

(٧) ادعى المدين الابراء وشهدا أن المدعى صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل شهادتهم له ان كان الصلح بجنس الحق لحصول الابراء من البعض بالاستيفاء ومن البعض بالاسقاط.

(٨) ادعى الدفع إلى الدائن فشهدا بإقرار الدائن وبالقبض قبلت الشهادة، وكذا لو ادعى الإيداع أو الغصب وشهدا بإقرار المدعى عليه به: أما لو كان الاختلاف بين الشهادة والشهادة بأن ادعى الدفع فشهد أحدهما بالدفع وشهد الآخر بالإقرار به فلا تقبل الشهادة لعدم تكامل النصاب على ما سيأتى.

والحاصل أن الشهود إذا شهدوا بأقل مما ادعاه المدعى بأن وجدت الموافقة ضمنا على ما تقدم قضى بما شهد به الشهود وكذا إذا شهدوا بأكثر مما ادعاه ووفق المدعى.

المسألة الرابعة: أن يكون ما شهد به الشهود شيئاً آخر غير ما ادعاه المدعى، كأن يدعى أنه زوجه ابنته فاطمة، ويشهد الشهود أنه زوجه أخته عائشة، وكما إذا ادعى ألفاً ثمن مبيع فشهدا بألف قرضا وكما إذا ادعى أن هذه الدار ميراث له عن أبيه فشهدا أنها ميراث له عن أمه فالشهادة فى كل هذا وأشباهه لا يعمل بها لعدم تقدم الدعوى، والدعوى لا يقضى بها لعدم البينة. ولا تنس أن هذا مقيد بما إذا كانت الدعوى من حقوق العباد. ولتنظر رسالة التناقض للسيد محمود حمزة مفتى الشام فيما يتعلق بهذا المقام.

(تتمة) قال فى فتح القدير. لو ادعى فى الماضى أن هذه الجارية كانت ملكى فشهدا أنها له، اختلف فى قبولها، والأصح أنها لا تقبل وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل وإنما لم تقبل إذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لأن إسناد المدعى إلى الماضى دليل ظاهر على نفى ملكه فى الحال إذ لا فائدة له فى الاقتصار على الماضى إلا ذلك، فلم يكن ما شهدوا به مدعى به. «أى فى الصورة الأولى أما فى الصورة الثانية فهو لم يدع الملك فى الحال وهما أيضا لم يشهدوا به فى الحال. فلا معنى إذا للقضاء له بالملك فى الحال إذ هو لم يدعه ولم يبرهن عليه» بخلاف الشاهدين إذا أسندا ذلك، أى وقد ادعاه هو للحال فإنه لا يدل على نفيهما اياه فى الحال لجواز قصدهما إلى الاحتراز عن الأخبار بما لا علم لهما به إذ لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى. وقد يكون الملك قد انتقل عنه إلى غيره فيحترزان عنه، وان كان يثبت للحال بالاستصحاب أهـ. بشىء من الإيضاح.

وأقول يتلخص مما قاله فى الفتح قاعدة مهمة تنحصر فى أربع صور:ـــ

الأولى: ادعى أنه كان ملكه فى الماضى وشهدا كما ادعى. لا يقضى له بالملك، وقد تقدم السبب.

الثانية: ادعى أنه ملكه فى الحال وشهدا كما ادعى، تقبل الشهادة ويقضى له

بالإجماع. وهو ظاهر.

الثالثة: ادعى أنه ملكه فى الحال وشهدا بأنه كان له فى الماضى تقبل أيضا بالنسبة للسبب ويعتبر الملك باقيا له إلى الآن بحكم الاستصحاب.

الرابعة: عكس الثالثة أى ادعى أنه كان ملكه فى الماضى وشهدا بأنه ملكه فى الحال. لا تقبل على الأصح للعلة المذكورة آنفا ولأنهما شهدا بأكثر مما ادعى كما يفهم من ذلك التعليل.

قال فى العناية: الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وموافقتها للشهادة هى أن تتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة. فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد الشاهد بثلاثين، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة. أو ادعى شق زق واتلاف ما فيه وشهد بانشقاق الزق عنده، أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك والده أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها ــ لم تكن الشهادة موافقة للدعوى. وأما الموافقة بين لفظهما فليست بشرط، ألا ترى أن المدعى يقول ادعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك أ هـ. وهذا إنما يكون فى الشهادة على حقوق العباد كما لا يخفى.

قال فى التنوير والدر ورد المحتار ما ملخصه: باع دارا ثم باعها المشترى لآخر ثم ادعى البائع الأول أنى كنت وقفتها، أو قال: وقف على، لم تصح الدعوى للتناقض، فلا يحلف المشترى لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة. لكنه لو أقام البينة أو أبرز كتاب وقف له أصل فى ديوان القضاة الماضين قبلت بينته واعتبرت حجته التى أبرزها، لأن الدعوى وان بطلت للتناقض بقيت الشهادة وهى مقبولة فى الوقف من

غيـر دعوى ويلزم المشترى أجـر المثل. لأن منافع الوقف مضـمونة وان كانت بشبـهة ملك. ومثل الوقف فى ذلك مال اليتيم. قال: وهذه المـسألة من المسائل التسع المستثناة من قاعدة ــ من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه أهـ.

أقول: لا استـثناء فى الحقيقـة فإن سعى المدعى مردود عليه مـن حيث دعواه لكن الشهادة قبـلت حسبة لأجل حق الله. وليقس على هذا أمثـاله. وقوله فى أول المسألة ثم باعها المشتـرى ليس قيدا بل ذكره ليفيد أنه لا فرق فى قـبول البينة بين بقائه فى يد المشتـرى أو خروجه عنـه إلى يد آخر. وقوله أو قـال وقف على يشيـر إلى أنه لا فرق بين أن يكون هو الواقف أو غيره أهـ.

ونقل فى واقعات المفـتين عن البزازية أن الأب إذا زوج ابنته البالغـة وسلمها إلى الزوج ودخل بها الزوج ثم أقـامت البينة على أنها كانت ردت النكاح قـبل اجازتها، فالمذكور فى الكتب أن البينة تقبل، وقيل لا تقبل للتناقض، والصحيح هو القبول لأن الدعـوى وان بطلت للتناقض ــ لا تبطل البـينة لأنهـا قامت على تحـريم بضع المرأة، وفى مثل ذلك تقبل الشهادة حسبة. أهـ. ملخصا.

ومما يناسب ذكـره هنا مـا نقله فى مـعين الحكام عن القـرافى قال: أعلم أن قـول العلمـاء أن الشـهادة لا تجـوز إلا بالعلم ليس علـى ظاهره فإن ظاهره يـقتـضى أنه لا يجوز أن يؤدى الشـاهد إلا ما هو قـاطع به، وليس كذلك، بل حـالة الأداء دائما عند الشـاهد الظن الضعـيف فى كثـير من الصـور. بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علما فـقط، فلو شهد بقـبض الدين جاز أن يكون الذى عليه الدين قـد دفعه فتـجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذى لا يفيد إلا الظن الضعيف. وكذلك الثمن فى المبيع مع احتمال دفعه. قال: ويشـهد فى الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه، ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة والحاصل فى هذه الصور وشبهها إنما هو الظن الضـعيف. ولا يكاد يوجـد ما يبـقى فيـه العلم إلا القليل من الصور، فـمن ذلك النسب والولاء فإنه لا يـقبل النقل فيـبقى العلم على حاله. ومن ذلك الشـهادة

بالإقرار فإنه اخبار عن وقوع النطق فى الزمن الماضى، وذلك لا يرفع: ومن ذلك الوقف إذا حكم به حاكم، أما إذا لم يحكم به حاكم فإن الشهادة إنما تفيد الظن فقط، فإذا شهد بأن هذه الدار وقف احتمل أن يكون حاكم حنفى حكم ببطلانه أهـ. أى على قول أبى حنيفة.

أقول ان ما نقله عن القرافى فى ضعف مستند الشهادة مبنى على احتمال غير ناشئ عن دليل لأن الشهود اعتمدوا فى شهادتهم على قيام السبب، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه فمتى ثبت السبب من بيع ونكاح واقراض ونحو ذلك وجب امتداد الحكم شرعا إلى زمان ظهور مناقض له من إقالة بيع وطلاق ووفاء دين إلخ، أما إذا لم يوجد السبب الموجب للحكم فى الماضى بشروطه بل توقف عمله على شروط لما يوجد بعد فإنه لا يكون حجة للاستحقاق. وذلك كارث المفقود من غيره لأن سبب الارث كالقرابة أو الزوجية شرطه تحقق حياة الوارث وقت موت المورث وألا يرتفع السبب من قبل أن كان قابلا للرفع وألا يوجد مانع يمنع من الارث. فاستحقاق الارث إنما يكون عقب وفاة القريب أو المولى أو الزوج مع تحقق الشروط وانتفاء الموانع وقت الوفاة، وهذا بخلاف الأسباب القائمة فى الماضى المفيدة لحكمها الموجبة لامتداده شرعا حتى يوجد ما ينهيه ويقطعه كالبيع والاجارة والنكاح والايصاء، فوضح الفرق وانظر مبحث الاستصحاب فى كتب الأصول.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الشهادة وجوب موافقتها للدعوى شهادة الشهود بأكثر مما ادعاه المدعى أو بغيره. أثره. عدم قبولها. علة ذلك.(١)

- من المقرر فى الفقه الحنفى أنه يشترط لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى فيما تشترط فيه الدعوى فإن خالفتها لا تقبل، وقد تكون تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى، وقد تكون الموافقة ببعض الدعوى وتسمى موافقة ضمنية وهى تقبل اتفاقا ويأخذ القاضى بما شهد به الشهود باعتباره القدر الثابت

---

(١) الطعن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» جلسة ٣٠/ ١١/ ١٩٩٨، مجلة نادى القضاة السنة ٣١ العدد ١ ، ٢ ص٦٤١ بند ١٣٢.

من المدعى بالبينة، ولا تلزم الموافقة فى اللفظ بل تكفى الموافقة فى المعنى والمقصود سواء اتحدت الألفاظ أو تغايرت.(٢)

– من المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى ــ فيما تشترط فيه الدعـوى ــ فإن خالفتها لا تقبل إلا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عـند إمكان التوفيق، إلا أن هذا الشرط وعند الحنفـية كذلك لا يجد مـحلا يرد عليه إذا كان تكذيب المدعى لشهوده فى شىء زائدا عن موضوع الدعوى.(٣)

---

(٢) الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» ــ جلسة ١٠/ ٢/ ٢٠٠١)

،الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» ــ جلسة ٢١/ ١٢/ ١٩٩٩)

مجلة نادى القضاة السنة ١٣٢ العدد الأول ص٥٠٨ بند ٥٤

، الطعن رقم ٢٤س ٦١ق ــ أحوال شخصية ــ ١٤/ ٢/ ١٩٩٥

، الطعن ١٥٤ لسنة ٦١ق ــ أحوال شخصية ــ جلسة ٢٨/ ٣/ ٩٥

، الطعن رقم ١١٠ لسنة ٦٠ق ــ أحوال شخصية ، الطعن رقم ٢١١ سنة ٦٠ ق احوال شخصية

، الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٠ق أحوال شخصية ــ جلسة ٣١/ ٥/ ١٩٩٤.

، الطعن رقم ٢٢٨ سنة ٥٩ق ــ جلسة ٢٤/ ١١/ ١٩٩٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص١٢٠٧).

، الطعن رقم ٢٢ سنة ٥٩ق أحوال شخصية جلسة ٢٠/ ١١/ ٩٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص٧٠٧

الطعن ٢٣ سنة ٥٠ق أحوال شخصية ــ جلسة ٣١/ ٣/ ٨١ لم ينشر

، الطعن رقم ٤ سنة ٤٥ق أحوال شخصية ــ جلسة ٢٤/ ١١/ ٧٦.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٦٩٠ قاعدة ١٩٤٥.

، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص١٦٣٦.

(٣) الطعن ٤٤ سنة ٥١ق أحوال شخصية ــ جلسة ١٦/ ٣/ ٨٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص٩٩٤

، الطعن رقم ٣ سنة ٤٣ق أحوال شخصية ــ جلسة ١٠/ ٣/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص٦٠٣

، الطعن رقم ٨ سنة ٤٤ق أحوال شخصية ــ جلسة ٢١/ ١/ ١٩٧٦.

مجموعة القواعد التى قررتها محكـمة النقض فى خمسين عاماً ص٦٩٠ قاعدة ١٩٤٥، ص٦٧١ قاعدة ١٨٧٧ ، ١٨٧٨.

- الشهـادة عند فقهـاء الحنفية يشـترط فيهـا أن تكون موافقـة للدعوى. مخـالفة الشهادة للدعوى مؤد لعدم قبولها إلا إذا وفق المدعى بينهما، لا محل لهذا الشرط إذا كان تكذيب المدعى لشهوده فى شىء زائد عن الدعوى.(٤)

- الشهادة فى الفـقه الحنفى. شروطها. كـفاية توافق أقوال الشهـود دون تطابقها مع بعض المدعى به. مؤداه. اتفاق الشهود على إيذاء الزوج زوجـته على وجه تتضرر منه. كـاف لاكتـمـال نصاب الشـهـادة فى دعوى التطليق. عـدم اسـتلزام أن تنصب الشهادة على كل واقعة من وقائع الإيذاء.(٥)

---

(٤) الطعن رقم ٤ لسنـة ٣٦ ق أحوال شـخـصـية جلسـة ١١/ ٢/ ١٩٧٠ مـجـمـوعة المكتـب الفنى السنة ٢١ ص٢٩٠.

(٥) الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٦٥ق «أحوال شخصية» ـ جلسة ١٢/ ٢/ ٢٠٠١

الفـــرع الثانى

موافقة الشهادة للشهادة

مقــــدمة

قد تقدم أنه يكتفى بالموافقة التضمنية بين الشهادة والدعوى اتفاقا. وأما بين الشهادة والشهادة فمذهب الصاحبين كذلك.

وأما على مذهب الإمام فلابد لقبول الشهادة من تطابق لفظى الشاهدين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن سواء أكانت ألفاظ الثانى عين ألفاظ الأول أم غيرها (١) كما إذا شهد أحدهما بالتزويج والآخر بالنكاح أو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية(٢).

فلو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين فالشهادة مقبولة على قول الصاحبين، وغير مقبولة على قول أبى حنيفة.

دليل الصاحبين أن الشاهدين اتفقا على الألف وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فيقضى بالألف لكمال النصاب بالنسبة له.

ودليل أبى حنيفة أن الشاهدين اختلفا لفظا. وذلك يدل على اختلاف المعنى إذ المعنى لا يستفاد إلا باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل معنياهما متباينان، فحصل على كل منهما شاهد واحد فلم يتم النصاب.

---

(١) مادة ٣٦ فقرة ٢ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية يكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وأن اختلفت الألفاظ.

(٢) ظن بعض الناس أنه لابد أن تكون ألفاظ الشاهد الثانى عين ألفاظ الشاهد الأول أخذا من ظاهر عبارة الدر المختار وهى قوله: ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط، وقد جادلنى فى ذلك بعض وكلاء الدعاوى محتجا بعبارة الدر المذكورة آنفا فوجهت نظره إلى عبارة التكملة تعليقا عليها وهى قوله: واختلاف لفظهما الذى لا يوجب اختلاف المعنى لا يضر كالنكاح والتزويج والهبة والعطية. فاقتنع.(الطبعتين الأولى والثانية) .

والفتوى على قول أبى حنيفة (٣).

إذا تقرر هذا فأعلم: ان اختلاف الشاهدين إما فى نفس المشهود به أو فى قدره أو فى زمانه أو فى مكانه أو غير ذلك من متعلقاته والأصل فى هذا كله أنه لابد من تكامل النصاب فى الشهادة وأن تكون الشهادة بعد تكامل نصابها موافقة للدعوى على ما تقدم.

ولأذكر مسائل الاختلاف فى ثلاثة مباحث:

---

(٣) جاء فى المادة (١٧٢) من اللائحة السابقة ما نصه: يكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين الآخر فى المعنى وأن اختلفت الألفاظ، وكذا فى مطابقة الشهادة للدعوى أهـ. وقد زيد فى التعديل العبارة الآتية: ولا يشترط فى قبولها لفظ أشهد أهـ (أنظر قانون ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦) وقد قدمنا ذلك فارجع إليه وظاهر هذا النص يؤخذ منه أن العمل يجب أن يكون بما هو مقرر فى المذهب من الأخذ بقول الإمام فى مطابقة الشهادة للشهادة، وبقولهم جميعا فى مطابقة الشهادة للدعوى، وان الغرض منها توجيه نظر القضاة إلى المعنى فى كلام الشهود وكلام المدعى وان اختلفت الألفاظ متى حصل المقصود.

ولم يلاحظ الواضع الموافقة التضمينية بين الشهادة والدعوى ولا الموافقة المطابقية أو التضمنية بين الشهادتين اعتمادا على ما هو مقرر فى المذهب بل اتجه نظره إلى تنبيه القضاة إلى الاكتفاء بالموافقة فى المعنى وألا يكونوا كهذا الذى فهم من ظاهر عبارة الدر أنه لابد من توافق الألفاظ ولم ينظر إلى ما جاء فيه بعد ذلك. وما جاء فى المذكرة الإيضاحية يؤيد ما قلته هنا، وقد جرت عادة المحامين كلهم أو جلهم على أن يلقنوا كل واحد من الشاهدين عبارة واحدة يحفظها كل منهما لأداء شهادته.

واللوم فى ذلك على القضاة أولا وعلى المحامين ثانياً. وأحسب أن هذه المهزلة قد خفت الآن.

المبحث الأول

اختلاف الشاهدين فى نفس المشهود به أو بعض متعلقاته

قال فى البدائع: قد يكون هذا الاختلاف فى العقد وقد يكون فى المال. أما فى العقد فهو أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك، فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر. وليس على أحدهما شهادة شاهدين. وأما فى المال فهو أن يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لأنهما جنسان وليس على أحدهما شهادة شاهدين أهـ. بحروفه. ومن صور الاختلاف أن يدعى عشرة دنانير فيشهد أحدهما بعشرة دنانير ويشهد الآخر بعشرة دراهم فلا تقبل الشهادة أى لا يقضى بها اجماعا لعدم تكامل النصاب. ومثله ما إذا ادعى ألفا فشهد أحدهما بألف قرضا، والآخر بألف ثمن متاع.

وإذا اختلف الشاهدان فى بعض متعلقات المشهود به وأدى اختلافهما إلى اختلاف المشهود به لا تقبل الشهادة كما لو شهد أحدهما بأنه قتله بسكين وشهد الآخر بأنه قتله بمسدس، وكذا لو شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لون البقرة المسروقة وكان المسروق منه ذكر لونها فى دعواه، أما إذا لم يذكر المدعى لونها فى الدعوى واختلف الشاهدان فيه فإن كان اللونان غير متقاربين كالأسود والأبيض فلا تقبل الشهادة اتفاقا. وإن كانا متقاربين كالأسود والأخضر وكانت السرقة ليلا فعلى قول أبى حنيفة تقبل الشهادة لتشابه اللونين وأما على قول الصاحبين فلا تقبل لأن لون الشىء من مشخصاته فالأخضر غير الأسود فلم يتم النصاب. والظاهر هو قول الإمام.

ومما يتصل بهذا ما إذا شهد أحدهما أنه قال لزوجته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برية فإن الشهادة لا تقبل عندهم جميعا. وعلله قاضيخان بأن الشاهدين اختلفا فى لفظة الإيقاع فإن أحدهما يقول وقعت البينونة بوصفها بخلية. والآخر

يقول: وقعت بوصفها ببريه ــ وإن كان معنى اللفظين واحدا فى إفادة البينونة.
وعلل الولوالجى عدم القبول مع اتفاق الشاهدين على إثبات الحرمة بأنهما اختلفا فى اللفظ والمعنى لأن معنى البراءة الفراغ عقب الشغل، ومعنى الخلو الفراغ المطلق فإذا اختلفا لفظا ومعنى لا يثبت المشهود به فلا يثبت حكمه وهو الحرمة (أنظر حاشية التبيين).

أقول: لا يخفى ما فى تعليل الولوالجى من التعمق الذى لا تتحمله الشريعة السمحة الأمية فيجب الاكتفاء بما قاله قاضيخان فإنه واضح جدا مع بساطته.

المبحث الثانى

اختلاف الشاهدين فى قدر المشهود به

وتحت هذا: الاختلاف فى دعوى العقد ــ والاختلاف فى دعوى الدين والاختلاف فى دعوى العين.

١ ــ فى اختلافهما فى دعوى العقد

تحت هذا قسمان:

الأول: ما تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البدل كالبيع والإجارة.

والثانى: ما لا تتوقف فيه صحة العقد على تسمية البدل كالنكاح.

والاختلاف فى القسم الأول مانع من قبول الشهادة اجماعاً، وفى القسم الثانى الخلاف.

فإذا شهد شاهد لرجل أنه اشترى بقرة من فلان بألف قرش وشهد آخر أنه اشتراها بألف وخمسمائة قرش كانت الشهادة غير مقبولة. لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد، والعقد يختلف باختلاف الثمن، فاختلاف المشهود فى الحقيقة بسبب الاختلاف فى قدر الثمن، ولم يتم النصاب على أحد المقدارين. والإجارة مثل البيع لو كان اختلاف الشهود قبل انقضاء المدة فإن كان بعدها فالدعوى دعوى دين.

وكذا إذا ادعت المرأة الخلع واختلفا فى مقدار البدل لأن مقصودها إثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه، فإن كان المدعى هو الزوج وقع الطلاق بإقراره وكانت دعواه فى الحقيقة دعوى دين ــ وسيأتى حالا .

وفى دعوى الرهن: ان كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين، وان كان الراهن فلا تقبل الشهادة لأنه ليس له أن يلزم المرتهن قبول الرهن.

وفى دعوى الصلح عن دم العمد والعتق على مال ان كان المدعى هو القاتل أو العبد لا تقبل الشهادة مع الاختلاف لأن مقصود كل من القاتل والعبد إثبات العقد دون المال وهو لا يثبت مع اختلاف الشهود. وان كان المدعى هو ولى الدم أو مولى العبد ثبت العفو والعتق بإقرارهما وكانت الدعوى دعوى دين.

وكذا الكتابة لا تقبل الشهادة عليها مع اختلاف الشاهدين فى قدر البدل سواء أكان المدعى هو العبد أم السيد وذلك لأن الغرض من دعوى الكتابة إثبات السبب، «وانظر التبيين».

وأما فى العقد الذى لا يتتوقف صحته على تسمية البدل كالنكاح فالمسألة خلافية. فإذا شهد شاهد لزيد أنه تزوج فلانة بألف وشهد آخر أنه تزوجها بألف وخمسمائة فعلى قول أبى حنيفة تجوز الشهادة ويقضى بالنكاح وبألف. وعلى قولهما لا يقضى بشيء أصلا. دليلهما أن هذا اختلاف فى العقد فأشبه اختلافهما فى البيع. ولأبى حنيفة أنهما اتفقا على النكاح وهو يصح بدون تسمية المهر إذ المال تابع (كما بين فى محله) والشاهدان لم يختلفا فى الأصل فيثبت، ثم يقضى فى التبع وهو المهر بالأقل وهو الألف لاتفاقهما عليه (أنظر العناية).

(تنبيه) لا تظن أن أبا حنيفة فى هذه المسألة وأشباهها خالف أصله إذ قضى بالألف فتحسب أنه يكتفى بالموافقة التضمنية لما ستعلمه من اختلاف الشاهدين فى دعوى الدين.

٢ ـــ اختلاف الشاهدين فى دعوى الدين

اختلاف الشاهدين فى دعوى الدين يحتاج إلى تمهيد وهو أن الاعداد فى نظر أبى حنيفة على ثلاثة أنواع:

(الأول) الأعداد المتعاطفة، وهذه تكون مركبة من جملتين أو أكثر على حسب ما يفيده حرف العطف: فنحو ألف وخمسمائة جملتان من الأعداد: الأولى ألف، والثانية خمسمائة. ونحو ألف وخمسمائة وثلاثون ثلاث جمل، وهكذا، فهو لا يعتبر الألف والخمسمائة شيئا واحدا بل يعتبرهما شيئين.

(الثانى) الأعداد المركبة وهى من أحد عشر إلى تسعة عشر، قيل أنها من قبيل المتعاطفة لأن حرف العطف مقدر بين جزئيها. والصحيح أنها من قبيل المفردة.

(الثالث) الأعداد المفردة وهى غير المتعاطفة وغير المركبة مثل ثلاثة وعشرة وخمسين ومائة وأربعمائة وألف وألفين وسبعة آلاف ومائة ألف وهكذا، يدخل فيها العقود والمضاف والمثنى قولا واحدا، وكذا الأعداد المركبة على الصحيح كما تقدم.

إذا تقرر هذا فأعلم أن المدعى إذا دعى ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة وقضى بالألف اتفاقا. أما على قولهما فلوجود الموافقة ضمنا، وأما على قوله فإنه اعتبر أن المدعى ادعى شيئين الألف والخمسمائة، وشهد أحد الشاهدين بهما جميعا وشهد الآخر بأحدهما وهو الألف فوجد النصاب كاملاً بالنسبة للدعوى بالألف فيقضى به. وأما الخمسمائة فلابد للقضاء بها من نصاب كامل أو يحلف المدعى عليه.. الخ. أما اذا كان ما ادعاه المدعى الفا (أى أقل مما شهد به أحد الشاهدين) فلا نقبل الشهادة اتفاقا لتكذيب المدعى أحد الشاهدين فى الزيادة، الا اذا وفق كما تقدم. واذا ادعى ألفين (مثلا) فشهد أحدهما بألفين والآخر بألف، قبلت الشهادة على قولهما وقضى بألف، وأما على قوله فلا تقبل. وكذا لو ادعى ثمانية عشر (مثلا) فشهد بها أحدهما وشهد الآخر بخمسة عشر، والوجه يعلم مما تقدم(١).

ومما يتفرع على هذا أنه اذا شهد بألف لكن قال أحدهما أنه قضاه خمسمائة منها قبلت شهادتهما بالألف، ولم يسمع قول الشاهد الثانى أنه قضاه خمسمائة منها

(١) أقول : إن لى نظرا فى التفرقة بين الأعداد المتعاطفة وغيرها، وذلك أن المعدودات مقادير تبتدئ من الواحد ولا نهاية لها، فلو أن الواضع أراد أن يضع لكل مقدار منها لفظا يدل عليه لاستلزم هذا وضع ألفاظ لا تتناهى، ولتعذرت الاحاطة بتلك الألفاظ وفنيت الأعمار قبل تحصيلها. فاقتضت حكمة من أحاط بكل شئ علما أن توضع الفاظ قليلة يسهل حفظها والاحاطة بها للدلالة علي جميع المقادير، فبعضها يدل عليه بلفظ مفرد، وبعضها بلفظ مركب، وبعضها بلفظين معطوف أحدهما على الآخر أو الفاظ متعاطفة، وليست اللغات فى ذلك سواء فقد يدل على مقدار بلفظ مفرد كسبعين (مثلا) فى اللغة العربية، وفى لغة أخرى كاللغة الفرنسية يدل عليه بلفظين معطوف أحدهما على الآخر (ستين وعشرة) وهكذا مما لا يضبطه نمط واحد فى جميع اللغات. وغايتها كلها الدلالة على مقادير المعدودات بألفاظ معينة. والحاصل أن مدلول كل لفظ من هذه الألفاظ سواء أكان مفردا أم مركبا أو كلمتين بينهما حرف عطف هو مقدار من المقادير منظور فيه الى جملته عند اطلاق اللفظ عليه. فاذا قلت «الف وخمسمائة» مثلا فليس المراد أنك تعنى بذلك شيئين أحدهما اسمه ألف والآخر اسمه خمسمائة بل انما تعنى شيئا واحدا هو ما يدل عليه هذا العدد من الكم المنفصل وكذا قولك الفان، فلا معنى أصلا لهذه التفرقة التى لاحظها الامام أبو حنيفة وإلا لزمه أن يقول أن مدلول كلمة سبعين فى اللغة العربية جملة واحدة، وفى اللغة الفرنسية جملتان وهذا مما لا ينبغى أن يقال. فالحق أن هذه التفرقة بين الأعداد لا أساس لها ترتكز عليه.

لأنها شهادة فرد حتى إذا إنضم إليه آخر قبلت. وعن أبي يوسف أنه يقضى بخمسمائة لأن مضمون شهادة الثانى أن لا دين عليه الا خمسمائة، قالوا :

وينبغى للشاهد اذا كان يعلم بقضاء الدين أو بعضه أن يشهد بما يعلم كيلا يصير معينا على الظلم. وهو قول حسن وانظر التبيين والهداية. وشبيه بقول أبي يوسف هنا ما سيأتى فى تجزؤ الاقرار والخلاف فيه.

٣ـ إختلاف الشاهدين فى دعوى العين

اذا ادعى عليه هذين الفرسين (مثلا) فشهد أحدهما أنهما للمدعى وشهد الآخر له بأحدهما قبلت الشهادة اتفاقا وقضى للمدعى بالفرس الذى تم فيه نصاب الشهادة، صرح بذلك فى الدر. ووجهه على قولهما ظاهر، وكذا على قول أبي حنيفة كما يؤخذ من دعوى الدين المتقدمة، لأن المدعى إدعى شيئين متمايزين وقد تم نصاب الشهادة على أحدهما كما تم على الألف فى الدعوى بألف وخمسمائة (المتقدمة) بل هذا أولى لامتياز أحدهما عن الآخر امتيازا محسوسا.

واذا ادعى دارا فى يد غيره فشهد أحدهما له بما ادعى وشهد الآخر بنصف الدار (مثلاً) فالظاهر أنه يقضى له بالنصف على قولهما ولا يقضى له بشئ على قول أبي حنيفة والله أعلم.

المبحـــث الثـــالث

اختلاف الشاهدين فى زمان المشهود به ومكانه

وتحته ثلاثة:

(الأول) فى الشهادة على الأفعال.

و(الثانى) فى الشهادة على الأقوال التى يشترط لصحتها الفعل.

(الثالث) فى الشهادة على الأقوال التى لا يشترط لصحتها الفعل.

١ ـ فى الشهادة على الأفعال

الفعل الواحد يستحيل أن يكون فى مكانين أو فى زمانين وعلى ذلك اذا ادعى غصبا أو قتلا أو ضربا أو أى فعل آخر واختلف الشاهدان فى المكان أو الزمان فلا تقبل الشهادة لأن الفعلين فى مكانين أو زمانين غيران وليسا شيئا واحد فلم يتم النصاب، كأن يشهد أحدهما أنه غصبه منه فى الاسكندرية والآخر أنه غصبه فى دمياط، أو يشهد أحدهما أنه ضربه يوم الخميس ويشهد الآخر أنه ضربه يوم الأثنين.

ومن ذلك ما قاله فى الكنز والتبيين من أنه اذا شهدت جماعتان توافرت فى كل منهما شروط الشهادة بمجلس الحاكم بأن بكرا قتل زيدا لكن شهدت احداهما بأنه قتله يوم النحر بمكة وشهدت الأخرى بأنه قتله يوم النحر بمصر فان الحاكم يرد الطائفتين لأن احداهما كاذبة بيقين.، وليست احداهما أولى بالقبول من الأخرى.

وهذا لأن القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لأن الأول حركات انقضت لكونه عرضا لا يبقى زمانين، والثانى حركات أخر غير الأولى، ولا يمكن أن يجعل الثانى اخبارا عن الأول حتى يصير تكرار الأول واعادته، لأن الأخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما.

وهذا بخلاف القول لأن القول يحكى بالقول.

فان قضى القاضى بأحدى البينتين قبل أن تشهد الأخرى ثم أرادت الأخرى أن تشهد بعد القضاء فلا يلتفت اليها لأنه لما حكم بأنه قتل فى مكة (مثلا) صار ذلك

٢ـ فى الشهادة على الأقوال التى يشترط لصحتها الفعل

وذلك كالنكاح فانه قول مؤلف من ايجاب وقبول لكن يشترط لصحته حضور الشاهدين وهو فعل. واذا يكون اختلاف الشاهدين فيه مانعا من العمل بالشهادة لما تقدم.

٢ـ فى الشهادة على الأقوال التى لا يشترط لصحتها الفعل

ويندرج فى هذا الشهادة على الاقرار والانشاءات التى يستوى فيها لفظ الانشاء ولفظ الإخبار، ففى الاقرار ودعوى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة وسائر الأقوال، اذا اختلف الشاهدان فى الزمان أو المكان أو فيهما جميعا فلا يضر هذا الاختلاف بل تقبل الشهادة، فلو شهد أحدهما أنه باعه اياه بدكانه يوم الخميس وشهد الآخر أنه باعه اياه بداره يوم السبت قبلت الشهادة وهكذا.

واختلف الامام وصاحباه فى دعوى القذف (أنظر التبيين).

والأصل أن المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فى الزمان أو المكان أو فيهما جميعا لا يمنع قبول الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرر، ولفظ الانشاء فيه كلفظ الاخبار، تقول فى الانشاء بعت وفى الاخبار بعت وهكذا (ولينظر البدائع فى هذا المقام).

وان كان المشهود به فعلا كالغضب أو قولا لكن الفعل شرط لصحته كالنكاح فاختلافهما فى الزمان أو المكان يمنع القبول لأن الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان ومكان آخر (كما تقدم) فاختلف المشهود به (أنظر التبيين).

قال فى جامع الفصولين. سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسألهما القاضى فقالا لا نعلم ذلك تقبل شهادتهما لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك أهـ. ونقل فى الحامدية عن البزازية : أن القاضى لو سأل الشاهدين عن الزمان والمكان فقالا لا نعلم، تقبل شهادتهما لأنهما لا يكلفان به أهـ. فعبارة البزازية مطلقة لم تقيد ببيع ولا بغيره.

والحاصل أنه اذا سكت الشاهدان عن الزمان والمكان، أو سألهما القاضى فقالا لا

نعرف قبلت شهادتهما.

وأما اذا ذكر الزمان والمكان واختلفا.

فان كانت الشهادة على الاقرار أو على البيع وأخواته فانها تقبل ولا يضر الاختلاف.

وان كان على فعل أو على قول يشترط الفعل لصحته فلا تقبل.

هذه خلاصة ما قاله علماء المذهب.

(تنبيه) اذا ادعى أى تصرف ولو فعلا، وشهد الشهود باقرار المشهود عليه به قبلت الشهادة بالاتفاق لوجود الموافقة الضمنية، هكذا فى تكملة رد المحتار لكن لو اختلف الشهود فالمسألة على أربع صور

(الأولى) أن يدعى الفعل كالقتل والغصب فيشهد أحدهما بالفعل، والآخر بالاقرار به. فلا تقبل الشهادة على قول أبى حنيفة لعدم تمام النصاب. وتقبل على قولهما لوجود الموافقة ضمنا.

(الثانية) أن يدعى القول المحض كالبيع فيشهد احدهما بالانشاء والآخر بالاقرار به. فتقبل بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، وأما عنده فلأن لفظ الاخبار كلفظ الانشاء.

(الثالثة) القول الذى يشترط الفعل لصحته كالنكاح فاذا شهد أحدهما بالانشاء والآخر بالإقرار فلا تقبل الشهادة لعدم تمام النصاب ولا يمكن أن يجعل الأخبار فيها كالانشاء لأن الانشاء لا يصح إلا بحضرة شاهدين بخلاف الاخبار.

(الرابعة) الأفعال الملحقة بالأقوال كالقرض فهذه حكمها كالبيع (أنظر تكملة رد المحتار).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن :

- التعدد فى الشهادات. شرط صحتها. إتفاقها مع بعضها. علة ذلك(١)
- الشهادة فى الفقه الحنفى. شروطها. كفاية توافق أقوال الشهود دون تطابقها مع بعض المدعى به.(٢)

---

(١) الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/ ٦/ ١٩٩٩

(٢) الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٣١/ ٣/ ١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ص٩٩٤

- موافقة الشهادة للشهادة. شرائط ذلك فى المذهب الحنفى. كفاية تطابق اللفظين على إفادة المعنى سواء كان ذلك بعين اللفظ أو بمرادف له. مثال فى دعوى طلاق. (٣)

- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن اختلاف الشاهدين فى اللفظ الذى لا يوجب اختلاف المعنى ليس بضائر ولا يحول دون قبول شهادتهما كبينة على الأضرار خلوها من بيان تاريخ حصول واقعة الاضرار تحديدا طالما انصرفت الشهادة لبيان الأضرار والظرف الحاصل فيه. (٤)

انه وان كان اشتراط التعدد فى الشهادة فى الشرع الاسلامى انما يعنى أصلا موافقة الشهادة للشهادة بحيث ترد أقوال كل شاهد مطابقة لأقوال الآخر، ولئن اختلفت الأقوال عند الحنفية فيما يتعلق بشرائط موافقة الشهادة للشهادة بين الامام وصاحبيه، فبينما يرى الصاحبان الاكتفاء بالموافقة الضمنية أسوة بمطابقة الشهادة للشهادة، اذ برأى الامام يوجب لقبول الشهادة تطابق لفظى الشاهدين بطريق الوضع لا بطريق التضمين، الا أن المراد عنده أيضا هو تطابق اللفظين على إفادة المعنى سواء كان بعين اللفظ أو بمرادف له، واذ كان البين أن الشاهدين قد توافقت أقوالهما فى العبارة الأولى مع الطاعن، وأنهما اختلفا فى العبارة الثانية الا أن كلا العبارتين تحقق ذات المعنى المتواضع عليه عرفا فى أنها من الفاظ السباب المترادفة والتى تعنى مقصودا واحدا، الامر الذى يسوغ معه القول بمطابقة الشهادة للشهادة فى هذا المجال. (٥)

- اذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه وهو فى معرض استعراض أقوال الشهود أن شاهدى المطعون عليهما اتفقت كلمتهما على حضورهما واقعة السب دون واقعة الضرب التى قرر أولهما أنه سمع بها من المطعون عليها فى حين ذهب الثانى الى أنه شهد آثار الكدمات بها بسبب الاعتداء. ولئن كان الراجح فى مذهب الحنفية أنه لاستكمال نصاب الشهادة يتعين موافقة الشهادة للشهادة بتطابق لفظى الشاهدين على افادة المعنى بطريق الوضع

---

(٣) الطعن رقم ٢٣٨ س ٦١ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٦/ ٩/ ١٩٩٥

(٤) الطعن رقم ٤٧ سنة ٤٨ ق - أحوال شخصية ٥/ ٣/ ١٩٨٠ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٩١ قاعدة ١٩٤٧.،

طعن ٤٧ سنة ٤٨ ق - أحوال شخصية - مجموعة المكتب الفنى سنة ٣١ ص ٧٥٢.

(٥) الطعن رقم ٤ لسنة ٤٥ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٤/ ١١/ ١٩٧٦= مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٩٠، قاعدة ١٩٤٦، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٧ ص١٦٣٦ .

لا بطريق التـضـمن الا أن اختـلاف اللفظ الذى لا يوجب اخـتـلاف المعنى ليس بضـائر ولا يحول دون قبول الشهادة وكان ما أثبته الحكم من أقوال الشاهدين وان اختلف الفاظهما الا أن اجماعهما انصب على معنى واحد هو سماعهما بنفسيهما الفاظ السباب وشهودهما مجلسه وكون المطعون علـيها مصدر علم كل منهـما بواقعة الاعـتداء، وبذلك لا يكون هناك تناقض بين الشهادتين. (٦)

– مـتى كان الثـابت فى الأوراق أن المطعـون عليهـا الأولى طلبت الحكم بثـبوت اسـلام المرحوم... وأن المحكمة أحالت الدعوى الى التحقيق لتثبت المدعيه – المطعون عليها الأولى – أن المتوفى المذكور كان مسلما وقت وفاته، فيكون الاسلام هو المطلوب الشهادة به، وما النطق بالشهـادتين والتبـرى من المسيحـية والصـلاة جماعـة الا الدليل عليه وهى أمـور تعاد وتكرر بالنسبة للمعنى المقـصود منها، ومن ثم فان اختلاف الشاهديـن فى المظاهر التى استدل بها كل منهما على اسلام المتوفى لا يغير شهادتيهما مادام حاصلهما اسلام المتوفى. (٧)

– المقرر فى الفقه الحنفى الواجب الاتبـاع أنه يشترط لصحة الشهادة عدم الاخـتلاف فيها متى كـان المشهود به قـولا ملحقا بالفـعل، من قبيـل النكاح، لأنه وان كان عبـارة عن ايجاب وقبول وهمـا قولان. الا انه يشترط لصحـته حضور شاهدين وهو فـعل. فالحق بالفعل. ولئن كان اخـتلاف الشـاهدين فى زمان النكاح ومكانه يعـتبر مـانعا فى الأصل من قـبول الشـهادة والاعتداد بها، ألا أن العبرة فى الأخذ بالـشهادة أو اطراحها هو بالمعنى لا باللفظ فليس بشرط أن يحدد الشاهدان الزمان أو المكان فى الفاظ واحدة، بل يكفى أن تتطابق جماع أقوالهما على أنها تنصب على واقـعة بعينها وأن تنصرف الشـهادتان وبما لا يوجب خللا فى المعنى الى ذات الزمـان أو المكان، ولما كـان ما شـهـد به الشـاهدان يؤدى بصـريح لفظه الى تطابق شهادتهما على قيام فراش صـحيح بين الطاعن والمطعون عليها فى شهر يوليو ١٩٦٩ ولا يؤثر مـا قرره أولهـما من تحـديد يومه واغـفال الثـانى هذا التحـديد طالما توافقت أقـوالهمـا على حصول العـقد بمجلس بعـينه، والبين من سيـاق ما ورد على لسان الشاهد الثـانى بشأن اجراء العقد، ومن ثم فلا تعـارض بين هذا الذى ذكره وما

---

(٦) الطعن رقم ١٣ سنة ٤٣ ق – أحوال شخصية – ١٩/ ١١/ ١٩٧٥.

(٧) الطعن رقم ١٥ سنة ٤١ ق – أحـوال شخصـية – جلسـة ٢٦/ ٣/ ١٩٧٥ مجمـوعة القـواعد التى قـررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٨٩ قاعدة ١٩٤١، ١٩٤٣.

قرره الشاهد الأول من أن الطاعن حضر الى منزل المطعون عليها يومئذ الساعة الثامنة والنصف مساء. لما كان ما تقدم فانه لا يكون هناك اختلاف بين الشاهدين فى زمان أو مكان المشهود به.(٨)

- المقرر فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الشهادة فيما هو قول محض وفيما يستوى فيه لفظ الانشاء ولفظ الأخبار، لا يغيرها ولا يبطلها ولا يمنع من قبولها الاختلاف الحاصل بين الشهادتين لان القول مما يعاد ويكرر ولأنهما لم يكلفا حفظ ذلك، واذ ذهب الحكم المطعون فيه الى شاهدى المطعون عليها قد اجتمعت كلمتهما على أن الطاعن وجه اليها الفاظ سباب معينة فى زمان ومكان واحد، واعتبر أن هذه الواقعة تشكل مضارة موجبة للتطليق، فانه لا يوهن منها اختلافهما فى بيان مظاهر الانفعال الذى انطبقت آثاره على المطعون عليها أو فى أشخاص الحضور بمجلس السباب. (٩)

- الفتوى على أن الأختلاف بين الشهادتين فى القذف لا يمنع من قبول الشهادة طالما اقتصر على الزمان والمكان بخلاف ما إذا كان الاختلاف بين الإنشاء وبين الإقرار فلا تقبل إجماعا، وهو أمر غير متوافر فى واقعة الدعوى لأن كلتا الشهادتين من قبيل الإنشاء، هذا إلى أن الواقعة المطلوب إثباتها هى الإضرار الحادث بالزوجة من الزوج والذى يجيز للزوجة طلب التطليق، وما ألفاظ السباب إلا الدليل عليها وهى أمور تعاد وتكرر بالنسبة للمعنى المقصود منها، ومن ثم فإن الاختلاف فى الشهادة زمانا ومكانا فى المظهر الذى استدل به كل منهما على وقوع الإضرار وهى الأقوال التى سمعها الشاهدان ونقلاها ليس بضائر شهادتهما. (١٠)

(٨) الطعن رقم ٦ سنة ٤٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ٧/ ١٢/ ١٩٧٧.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٨٣ قاعدة ١٩١٩.

(٩) الطعن رقم ١٢ سنة ٤٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/ ١١/ ١٩٧٥.

والطعن رقم ٤٢ سنة ٤٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ٩/ ١/ ١٩٧٤.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٨٩ قاعدة ١٩٤٢.

(١٠) الطعن رقم ٤ سنة ٤٥ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٤/ ١١/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٦٣٦.

- اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان. لا أثر له فى قبول شهادتهما فى الفقه الحنفى. شرطه، أن يكون المشهود به قولا محضا.(١١)

- من المقرر فى الفقه الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه اذا كان المشهود به قولا محضا فان اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك ولأن القول مما يعاد ويكرر. (١٢)

- التطليق للضرر. كفاية اتفاق أقوال الشهود على إضرار الزوج زوجته علي وجه معين. لا يشترط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من وقائع الإضرار. علة ذلك. (١٣)

- يتعين لصحة الشهادات فيما يشترط فيه التعدد أن تتفق مع بعضها لأنه باختلافها لا يوجد إلا شرط الشهادة وهو غير كاف فيما يشترط فيه العدد. وإن كان نصاب الشهادة على الضرر الموجب للتطليق وفقا للراجح فى مذهب ابى حنيفة رجلين عدلين أو رجل وأمرأتين عدول، وكان البين من الأوراق أن الشاهد الثانى من شاهدى المطعون عليها وإن شهد بأن الطاعن تهجم على زوجته المطعون عليها فى حضوره حال وجوده فى منزلهما إلا أنه إذ لم يفصح عن كيفية حصول التهجم

---

(١١) الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٦٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢١/ ٤/ ٢٠٠١

والطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٥/ ٢/ ١٩٩٩

مجلة نادى القضاة السنة ٣١ العدد ١ , ٢ ص٦٤١ بند ١٣٨

، طعن ١٨ سنة ٤١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/ ٢/ ٧٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ٢٧٨

، طعن ٤٢ سنة ٤٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ٩/ ١/ ٧٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ ص ١٣٥

، طعن رقم ٥٠ سنة ٥٢ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٨/ ٦/ ١٩٨٣

مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ١٥٠٧.

(١٢) الطعن رقم ١٨ سنة ٤١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/ ٢/ ١٩٧٥

والطعن رقم ٤ سنة ٤٥ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٤/ ١١/ ١٩٧٦.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٨٨ قاعدة ١٩٤٠.

(١٣) الطعن رقم ١٩ سنة ٥٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ١٨٣٤ .

المشهود به، ومـا إذا كان قد تم بالقول أو بالفعل حـتى تقف المحكمة على حقيـقة ما صدر من الطاعن تجاه المطعون عليـها وتقدر ما فيه من إساءة لها وتضـرر أمثالها منه، فإن شهادته لا يتوافر بها نصاب الشهادة على المضارة التى شرع التفريق بين الزوجين بسببهـا. وإذ أيد الحكم المطعون فيه رغم ذلك ما قـضى به الحكم المستأنف من تطليق المطعون عليها على زوجها الطاعن على سند مما شهد به شاهداها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (١٤)

(١٤) الطعن رقم ٣١ سنة ٥١ ق - أحوال شخصية - مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ٢٥١

الفصــــل التاسـع

فـى التزكـية
وتفصيـل القـول فـى تعـديل الشـهـود وجرحـهـم
نبـــــذة تاريخـــــية

(الطبـعة الرابعـة) أذكر هـذا الموضوع لما كـان له من أهمـية ولبـيان آراء فـقهـاء الشريعة فيه. ومرجع لمن أراد الاستزادة.

من معانى التـزكية فى اللغة المدح. ومن ذلك تزكـية الانسان نفسـه أى مدحه أياها. والمراد بها فى اصطلاح فـقهاء الشـريعة اخبار من يثق القـاضى بصدقه بعـدالة الشاهد. لكن قـانون ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ قـد قضى علـى التزكـية كـما قـضى على لفظ أشهـد وأدخل كلا منهما فى خبر كان، وقرر الغاء المواد المتعلقة بالتزكية من اللائحة (١) وحلت اليمين محل أشهد، على ما تقدم. وهاك ما جاء فى مذكرته الإيضاحية بنصة :

«الحكمة فى مشروعية التزكية انه بسببها يثق القاضى بصدق الشهود فيما شهدوا به، وهى لا تفـيد ذلك إلا اذا كـان المزكـون معـروفين بالصدق والـعدالة. وفى زمـاننا هذا يصعب على القاضى أن يـجد فى كل حادثة من يوثق به فى الاخبار عن حـال الشهود، ولذا جرى العـمل على أن المدعى يحـضر الشهـود والمزكين - ولا علم للقـاضى بحال الشهود ولا بحـال المزكين - ثم مع هذا يأخذ القاضى رأيهم فى الشهـود بطريقة هزلية، يقربهم منه ويسألهم عن حـال الشهود سريا ثم يبعدهم عنه ويسـألهم عن حالهم جهرا، ثم يحكم بشهادة الشهود، وهو لـم يزد علما بحالتهم بعد التزكية عمـا كان عليه قبلها. هذا مع أن التزكيـة ليست شرطا لصحـة القضاء فى معـتمد مذهب الحنفـية، فلو قضى القاضى بشهـادة الفاسق معروف الفسق بعـد تبين صدقه فقضاؤه صـحيح نافذ ولا أثم عليه) تكملة ابن عابدين صفحات ٦٧و٦٨و٩٩) .

---

(١) وهى المواد ١٨٩ و١٩٠ و١٩١ و١٨٣ وعـدلت المادتـين ١٩٢ و١٨٠ بناء على ذلـك. راجع لائحـة سنة ١٩١٠ ولائحة سنة ١٩٣١ وقد الغيت اللائحة الشرعـية (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) بالقانون رقم ١ سنة ٢٠٠٠

كذلك تحليف الشهود اليمين الشرعية نقله صاحب البحر عن التهذيب لفساد الزمان. وفى الأخذ بهذا الرأى مصلحة ظاهرة الان لشيوع شهادة الزور. ولأن القاضى المختص بعقاب شاهد الزور يرى أن الحلف ركن من أركان الشهادة فاذا لم يحلف الشاهد اليمين الشرعية صراحة كان لديه احتمال الفرار فى العقوبة (٢).

وغير مجد القول بأن أشهد يتضمن اليمين لأنه معنى لا يفهم الآن عرفا والمعتبر فى اليمين المعنى العرفى واشتراط لفظ أشهد فى أداء الشهادة ليس متفقا عليه بين الفقهاء فيعتمد مذهب المالكية عدم اشتراطه، وقد أطال الشيخ عليش فى كتابه منح الجليل على متن خليل فى النص على من قال باشتراطه. والمصلحة الآن تقضى بأن نأخذ بمذهب المالكية حتى لا يتقيد الشاهد فى أداء شهادته بعبارة خاصة بل يؤديها بالعبارات التى اعتاد أن يعبر بها عما فى ضميره» أهـ وانظر ما قدمناه.

فهو متصل بما ذكر هنا وفيه من البيان ما هو فوق الكفاية. ونقل فى تكملة رد المحتار عن الملتقط أن غسان بن محمد المروزى قال : قدمت الكوفة قاضيا فوجدت فيها مائة وعشرين عدلا فطلبت أسرارهم فرددتهم الى ستة، ثم أسقطت أربعة فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت أهـ.

لكنى مع هذا أرى أن أذكر هنا ملخص ما جاء من معتبرات كتب المذهب فى تزكية الشهود لاقتضاء التوسع فى البحث ايراد ذلك فأقول :

قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن الشهود لحديث (المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف)(٣) ولأن الظاهر أن المسلم ينزجر عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع، الا أنه اذا طعن الخصم فى الشهود أو كانت الشهادة على الحدود والقصاص لا يكتفى بظاهر العدالة، بل لابد من السؤال عن الشهود وتزكيتهم. أما وجه السؤال عن الشهود لو طعن الخصم فلأنه تقابل ظاهران فيسأل القاضى طلبا للترجيح، وهذان الظاهران هما عدالة الشهود، وصدق المدعى عليه فى طعنه، فان

---

(٢) قارن هذا بعقوبة شاهد الزور قانونا.

(٣) ومثله عن عمر رضى الله عنه فى كتابه المشهور الى أبى موسى الأشعرى «أنظر فتح القدير ونصب الراية».

الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا(٤) وأما الحدود والقصاص فلأنه يجب الاحتياط فيها لأن الشبهة فيها دارئة فلا يكتفى بالظاهر (وانظر الفتح والتبيين).

وقال أبو يوسف ومحمد : لابد أن يسأل القاضى عن الشهود فى السر والعلانية فى جميع الحقوق وان لم يطعن المشهود عليه لأن مبنى القضاء على الحجة وهى شهادة العدول، فلابد من التعرف عن العدالة، وفى السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير أن الشهود ممن لا يجوز القضاء بشهادتهم. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لغلبة الفسق فى عصرهما (٥) فيتعارض مع ظاهر حال المسلم، قال فى الفتح : لانا لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه، فلم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة العدالة، فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض. والفتوى على قولهما، وبه قال الشافعى وأحمد. وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه، ومن عرف جرحه ردت شهادته وانما يسأل اذا شك أهـ. (أنظر الفتح) وفيه أن السلف لم يكونوا يسألون عن عدالة الشاهد اكتفاء بظاهر حاله وأول من سأل ابن شبرمة أهـ. وقال صاحب الهداية : وقد وقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا تحرزا عن الفتنة. وروى عن محمد أن تزكية العلانية بلاء وفتنة أهـ. وقد أفتى بذلك كثير من العلماء لكن الأمر السلطانى ورد بوجوب التزكية سرا وعلانية كما نص على ذلك فى تكملة رد المحتار. وجرت عليه محاكمنا الشرعية المصرية الى أن صدر قانون ٣٠ مايو ١٩٢٦ فنسخها وانظر المجلة العدلية فى المواد من (١٧١٧ الى ١٧٢٢) وانظر المواد الملغاة من اللائحة وهى ١٨٩ و١٩٠ و١٩١ و١٨٣ مع تعديل المادة ١٩٢ بما يقطع صلتها بالمادة ١٨٩) اذ صار نصها بعد التعديل : اذا مات الشهود أو غابوا فللمحاكم أن تحكم بشهادتهم. أهـ.

---

(٤) أقول : هذا ظاهر ضعيف لأن المشهود عليه متهم فى طعنه فى الشهود لأنهم يشهدون عليه وأما الشهود فلا تهمة بالنسبة لهم فكيف يستوى الظاهران حتى يطلب الترجيح؟

(٥) كانت وفاة أبى حنيفة سنة ١٥٠ ووفاة أبى يوسف سنة ١٨٢ ووفاة محمد سنة ١٨٧ رحمهم الله جميعا. وهذه المدة كافية فى تغير أحوال الناس كما هو مشاهد ولا سيما فى أدوار الانتقالات السريعة.

كيفية التزكية

التزكية تكون أولا فى السر ثم تكون فى العلانية:

كيفيتها فى السر : هى أن يبعث المستورة (٦) الى المعدل وفيها نسب الشاهد وحليته وصناعته وبلده وكل ما يميزه عن غيره ويكون كافيا لتعريفه وبعد أن يقرأها المعدل يكتب تحتها ما يفيد التعديل أو الجرح ثم يردها إلى القاضى، وذلك كله فى السر. فان كان المعدل يعلم أن الشهود عدول يكتب تحت اسم كل منهم «عدل مقبول الشهادة» ولابد من زيادة قوله – مقبول الشهادة – على الأصح، لأن المحدود فى قذف يكون بعد التوبة عدلا لكنه غير مقبول الشهادة، اذ ذلك من تمام الحد كما تقدم، وكذا الأب إذا شهد لأبنه (مثلا) وان كان يعلم أن الشهود غير عدول كتب تحت اسم كل منهم «ليس بعدل» أو «الله أعلم» أو «مجهول الحال» أو يسكت ولا يكتب شيئا وينبغى للقاضى أن يسأل الشهود من كان عدلا صاحب خبرة بالناس، ويكون من الجهة التى ينسب إليها الشاهد. فان كان الشاهد طالب علم فالمعدل يكون من مدرسى مدرسته وان كان تاجرا سئل عنه من التجار وهكذا فان لم يكن له جهة ينسب إليها سأل الحاكم عنه من جيرانه الذين بينهم ليس بينهم وبينه عداوة ظاهرة، أو يسأل من أهل سوقه، فان لم يجد فى هؤلاء، من يصلح للتزكية سأل عنه أهل محلته فان وجدهم كلهم غير ثقات اعتمد علي تواتر الاخبار. ويكفى فى مزكى السر أن يكون واحدا على المفتى به وهو قول الشيخين لأن ذلك من قبيل الأخبار لا من قبيل الشهادة، ولذا لا يشترط فى المزكى الا العدالة والعقل، وبعد ذلك لا يشترط شئ، فتصح من المرأة والأعمى والصبى والعبد والوالد لولده. غير أن الاحتياط فى أن يزكى الشاهد اثنان.

ومتى ردت المستورة الى القاضى على يد رسوله فان وجد فيها ما يفيد الجرح صراحة أو دلالة قال للمدعى احضر شهودا غير هؤلاء، وان وجد فيها ما يفيد التعديل فانه يبادر الى تزكيتهم علانية.

---

(٦) المستورة هى الورقة التى يكتب فيها القاضى أسماء الشهود ونسبهم الخ سميت بذلك لأنه يبعثها سرا على يد أمينة الى المزكى.

وكيفيـة التزكية فى العلانية أن يجمع بين المزكين والشـهود فى مجلس القاضى، أو يرسل القاضى الشـهود والاخـصام مع نائبه الى المزكين فـيزكونـهم علنا. والتزكيـة العلنية من قـبيل الشهادة لكون شـرطها مجلس القضاء، فـيشترط فى المزكين كل ما يشتـرط فى شهود الأداء، لكن لا يشترط لفظ أشهد. وانما اشترط الجمع بين الشـاهد والمعدل لتنتفى شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسئول عنه من القاضى، اذ قـد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين (أنظر الفتح) وهذا صريح فى أن مـزكى السر هو مـزكى العلانية. لـكن يرد على هذا أنه يكتفى فى تزكـية السر بواحد على الصحـيح كما تقدم آنفا، وأما تزكية العـلانية فيشترط فيهـا العدد بالاجماع، فلو صادف أن المزكى فى السر كان واحدا فماذا يكون العـمل فى تزكية العلانية، وكذا اذا كان مزكى السر ممن لا تقبل شـهادته عندهم كالعبد والأعمى فكيف تقبل منه تزكـية العلانية وهو خلاف ما اشترطوه، والجواب عن هذا ما نقله فى العناية عن الخلاصة قال : شرط الخصاف أن يكون المزكى فى العلانيـة غير المزكى فى السر، أما عـندنا فالذى يزكيهم فى السـر يزكيهم فى العلانية أهـ : فعلى قول الخصاف الأمر ظاهر، وأمـا على القول الاخر فالمسألة مشروطة بما اذا كان مزكى السر يصلح مزكيا فى العلانية وقد تم النصاب، وهذا هو الظاهر والله أعلم. وقال فى الفتح قد كانت العلانية وحدها فى الصدر الأول لأنه كان يغلب عليهم الصبر للحق أهـ.

(تنبيه) اذا قال المدعى عليه أن الشهـود عدول، فلا تقع بذلك التزكية، لأن فى زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليـه كاذب فى انكاره، مبطل فى اصراره، فلا يصلح مـعدلا، لأن العدالة شـرط فى المزكى بالاجمـاع وعن أبى يوسف ومـحمـد يجوز قـوله ذلك تعـديلا، لكن عند محمد يـضم تزكية واحد آخر الى تزكيـته أى تزكية الخصم لأن العدد عند مـحمد فى المزكى شرط، وموضوع المسـألة أن يقول هم عدول ألا أنهم أخطئوا أو نسوا. أمـا لو قال صدقوا، أو هم عدول صدقة، أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال : هم عدول. فالقـاضى يسأل المدعى عليه أشهـدوا عليك بحق أم بباطل؟ فان قال بحق فـهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضى بشئ (هكذا فى فتح القدير وانظر التبيين).

ومما يتصل بهـذا أنه اذا زكى الشهـود فى دعوى ثم شهـدوا فى دعوى أخـرى بينها وبين تزكيتهـا الأولى أقل من ستة أشهر فلا حـاجة الى تزكيتهم فى شهادتهم عـلى الدعوى الثانية. وهذا هو المفتى به. وبه جاءت المادة (١٧٢٣) من المجلة والمادة (١٩١) من اللائحة الملغاة. قال فى الفتح : لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته مالم تمضى ستة أشهر، وقال بعضهم سنة.

ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة أهـ (٧).

وإذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهادة فللقاضى أن يزكيهم ويحكم بشهادتهم، أما إذا عمو أو خرسوا قبل القضاء فلا يزكيهم القاضى ولا يقضى بشهادتهم.. أنظر الهندية وانظر تعليل ذلك فيما تقدم وأنظر المادة (١٧٢٦) من المجلة، والمادة (١٩٢) من اللائحة قبل تعديلها (٨).

تعارض الجرح والتعديل وما يتصل بذلك من الأحكام:

إذا جرح الشهود - أى طعن فيهم - واحد من المزكين وعدلهم اثنان منهم قدم التعديل على الجرح، لقيام نصاب الشهادة فيه. وإن عدلهم أكثر من اثنين (كعشرة مثلا) وجرحهم اثنان قدم الجرح على التعديل لبلوغ كل نصاب الشهادة، ولا عبرة بالزائد (أنظر تعارض العلل) والجرح مقدم لإثباته خلاف الأصل. وإن جرحهم واحد وعدلهم واحد فعلى قول الشيخين الجرح أولى لاعتماده خلاف الظاهر وقال محمد بالتوقف حتى يعدلهم أو يجرحهم آخر فيترجح أحد الجانبين.

الجرح المجرد والجرح المركب:

اعلم أن المدعى إذا طعن فى الشهود فإما أن ينسب إليهم أمرا تصح إقامة الدعوى عليه لإثبات حق لله كحد الشرب والزنا، أو حق للعبد كأن يقول: إن الشهود سرقوا منى كذا ويبينه. وهذا الجرح يسمى جرحا مركبا لأنه طعن وفيه إثبات حق (٩). وأما أن ينسب إليهم أمرا لا تصح إقامة الدعوى عليه لإثبات أحد الحقين المذكورين آنفا، كأن يقول: إن الشهود فسقة، أو استأجرهم المدعى. ولذلك لأن الفسق يرتفع بالتوبة، وليس له حد مقدر شرعاً، واستئجار المدعى إياهم لا شأن للخصم به لأنه عقد إجارة بين طرفين ليس هو أصيلا ولا نائبا فيه، فلم يبق إلا مجرد الطعن. وهذا يسمى جرحا مجردا.

---

(٧) قارن هذا بما حكاه ابن فرحون فى تبصرته من الخلاف فى قبول شهادة شاهد الزور بعد أن يتوب وتحسن توبته.

(٨) انظر التبصرة ومعين الحكام فى الكلام فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته فتبطل. ففى كل منهما مسائل من المفيد معرفتها وتبين وجه النظر فيها.

(٩) بمعنى أنه ينسب إلى الشهود حوادث معينة يصح القضاء فيها ويصح إثباتها.

إذا تقرر هذا فاعلم أن الجرح المركب تقبل الشهادة عليه قبل التعديل وبعده إحياء لحق الله تعالى أو لحق العبد. وأما الجرح المجرد فقيل لا تقبل الشهادة عليه مطلقا لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة ولأنه هتك السر، والستر واجب والإشاعة حرام، وإنما رخص فيه ضرورة إحياء الحقوق، وذلك فيما يدخل تحت الحكم وهو الجرح المركب. وقيل تقبل الشهادة عليه قبل التعديل لا بعده لاحتياج المدعى عليه إلى أن يدفع عن نفسه، وقد رجح هذا القول الأول وأيده فى الفتح، وعليه عامة الكتب (١٠). والحاصل أنه بعد التعديل لا خلاف فى عدم قبول الجرح المجرد، وأما قبل التعديل فالمسألة خلافية. لكن قال فى التكملة: عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد بعد التعديل محله فيما إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا، أما إذا أخبر به القاضى سرا وبرهن عليه سرا فإن الشهادة تبطل لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح، أفاده فى البحر. وأما قبول الشهادة على الجرح المركب فلا خلاف فى قبولها بعد التعديل كما وأما قبول الشهادة على الجرح المركب فلا خلاف فى قبولها بعد التعديل كما تقبل قبله، وقد صرح بذلك فى المادة (١٧٢٤) من المجلة. لكن المادة (١٧٣) الملغاة من اللائحة منعت قبول الطعن بعد التزكية منعا مطلقا وهو مخالف لما فصلناه آنفا لكنه حسن منعا لتلاعب الخصوم فى القضايا المؤدى إلى ضياع الحقوق مع التطويل، كما صرح بذلك فى المذكرة الإيضاحية.

هذا، وقد جاء فى المادة (١٨٢) من اللائحة السابقة ما نصه: إذا طعن المشهود عليه فى الشهود طعنا غير شرعى رفضته المحكمة، وإن كان شرعياً وأراد تأجيل القضية لإثباته لا تؤجل إلا فى الجلسة التالية، فإن لم يثبت رفضت الطعن وفصلت فى الدعوى أهـ. وقد قدمنا ذلك وسيأتى شرحها.

---

(١٠) وأقول إن رجحان القبول هو الظاهر إذ للمدعى عليه أن يدفع عن نفسه مهاجمة المدعى إياه والقاضى لا يلزم أن يبنى حكمه على الشهادة إلا إذا كان الشهود عدولا فإذا ثبت فسق الشاهد نفع ذلك المدعى عليه لأن القاضى أصبح غير ملزم بالحكم بناء على تلك الشهادة.

الفصل العاشر

الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة غير جائزة قياسا لكنهم أجازوها استحسانا .

وجه القياس أن الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الأصل وليست بحق المشهود له بدليل أنه لا تجوز الخصومة فيها ولا الإجبار عليها فهي فرض ديني محض (١) والنيابة لا تجرى فى العبادة البدنية ولأن فيها زيادة احتمال لأن الاحتمال فى موضعين، فى الأصول وفى الفروع، وفيها شبهة من حيث البدلية لأنها قائمة مقام الأصل، ولذا لا يصار إلى الفروع إلا عند العجز عن أصول.

ووجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الأمر إلى إتواء الحقوق.

ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع، وعلى شهادة فروع الفروع إلى غير نهاية امتثالا لحكم الضرورة. وصار ذلك ككتاب القاضى إلى القاضى.

كل ذلك دعت إليه المحافظة على الحقوق.

ولما كان فيها شبهة البدلية منعناها فى الحدود والقصاص احتياطا (٢)

---

(١) انظر ما تقدم.

(٢) انظر العناية والفتح التبيين.

- الشهادة على الشهادة لا تقبل قانونا أخذا بالقياس. قال الأستاذ أحمد نشأت بك فى رسالة الإثبات ما نصه: ويجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصيا ما يشهد به بحواس نفسه كما إذا حضر البيع وسمع الإيجاب والقبول ورأى دفع الثمن. أما ما علم به من الغير كأن سمع من آخر أنه حضر البيع إلخ فلا تقبل شهادته فيه. ولا يعتبر شاهدا قانونا إلا ذلك الشخص الآخر الذى عرف شخصيا ما حصل. وتسمى شهادة من علم بالأمر من الغير شهادة سماعية. وهذه الشهادة لا يعول عليها، لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر، ولا يخفى أن الأخبار كثيرا ما تتغير عند النقل.

وقال فى ظفر اللاضى: لم يأت شىء من الأدلة يدل على أن الشاهد يجوز له أن يشهد على شهادته شاهدا آخر بل أوجب سبحانه على الشهود أن يأتوا بالشهادة التى تحملوها. فقال سبحانه «ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا» وقال تعالى «ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه» فلا يجوز هذا الإرعاء لعدم وروده فى الشرع. فإن عرض للشاهد عذر يخشى معه فوته كالمرض أو عرض له سفر إلى مكان بعيد كان الإرعاء ها هنا جائزا لأنه قد اقتضته الضرورة. وفى تركه إضرار بمن له الشهادة وتفويت لحقه. فوجب السعى فى تلافى الأمر بحسب الإمكان. وهذا غاية ما يمكن. ومما يقوم مقام الإرعاء إذا لم يكن أقوى منه أن يكتب شهادته بخطه إذا كان معروف الخط، أو يكتبها بخط من يعرف خطه ويشهد على ذلك، إلى آخر ما قال. أقول معنى الإرعاء الاستماع والإصغاء والمراد به تحفيظ الشهادة، ومثله الاسترعاء أى طلب الحفظ.

وقال فى المهذب: تجوز الشهادة على الشهادة فى حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى. لأن الحاجة تدعو إلى ذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة.

وفى حدود الله تعالى وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر قولان: أحدهما أنه يجوز لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين.

الثانى: أنه لا يجوز لأن الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقة ليتوصل بها إلى إثبات الحق، وحدود الله مبنية على الدرء والإسقاط فلم يجز تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة. إلى آخر ما قال.

= وجاء فى كتاب شرح تحقيق الجنايات لنشأت بك مانصه: يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصيا بحواس نفسه ما يشهد به، كأن رأى القتل أو الضرب، أو سمع القذف أو السب بنفسه. أما إذا قرر أنه سمع بذلك من الغير فتكون شهادته سماعية لا قيمة لها. لأن الشاهد الحقيقى هو ذلك الغير. إلا أنه إذا كان لايمكن سماع شهادة الشاهد الحقيقى لأى سبب كوفاته (مثلا) فيصح سماع الشهادة بمزيد الاحتياط أهـ. وبالجملة فللقاضى أن يتخذ من هذه الشهادة ما يكمل به دليلا أو يقوى قرينة. هذا ومما ترفض فيه المحاكم والنيابات سماع الشهادة ما يخبر به رجال الشرطة من أنهم علموا من مصدر سرى لكنهم يكتمون اسم المخبر.

وقال في التبصرة: قال ابن عبد السلام: وقد اختلف العلماء فى الحكم بالشهادة على الشهادة، فذهب مالك رضى الله عنه قبولها وإعمالها فى سائر الأمور، مالا كان أو عقوبة. ثم قال بعد ذلك بكلام كثير: والشهادة على الشهادة لا تسمع إلا بموت الأصل أو مرضه أو غيبته بمكان لا يلزم الأداء منه، لأن النقل إنما أبيح مع الضرورة ولا يباح مع غيرها، إذ النقل عن الشهود مع حضورهم مشعر بريبة فيقع الشك فى صدقهم. وأيضا الظن الحاصل للقاضى من سماع شهادة الأصل أقوى من الظن الحاصل له من شهادة الفرع فلا ينبغى أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى على الشهادة، فذهب مالك رضى الله عنه قبولها وإعمالها فى سائر الأمور، مالا كان أو عقوبة. ثم قال بعد ذلك بكلام كثير: والشهادة على الشهادة لا تسمع إلا بموت الأصل أو مرضه أو غيبته بمكان لا يلزم الأداء منه، لأن النقل إنما أبيح مع الضرورة ولا يباح مع غيرها، إذ النقل عن الشهود مع حضورهم مشعر بريبة فيقع الشك فى صدقهم. وأيضا الظن الحاصل للقاضى من سماع شهادة الأصل أقوى من الظن الحاصل له من شهادة الفرع لا ينبغى أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى.

أقول وبهذا يظهر معنى قولهم أن فى الشهادة على الشهادة شبهة البدلية.

ويشترط لقبول الشهادة على الشهادة شروط:-

الأول: تعذر حضور الأصل إلى مجلس القاضى لسبب موت أو مرض أو سفر مدة ثلاثة أيام بلياليها، صرح بذلك فى الخانية. واكتفى أبو يوسف بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت عند أهله، واستحسن هذا القول غير واحد من المشايخ، وأخذ به كثير منهم ومن الأعذار أن يكون شاهد الأصل امرأة مخدرة، واختلف فى المحبوس وانظر التفصيل فى التكملة. وفيها عن الهندية، أن الأصل إذا كان معتكفا لا يجوز تحميله الشهادة لغيره.

وعن محمد فى النوادر أنه تجوز الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل صحيحا فى المصر (تكملة) ولا شك أن هذا القول بعيد جدا عن الحكمة التى من أجلها جازت الشهادة على الشهادة. وفيه من التساهل غير المقبول ما لا يخفى، وانظر ما

قدمناه عن التبصرة. وأبعد منه وأغرب ما قيل من أن القاضى إذا كان يقضى بالمسجد وكان شهود الأصل فى ناحية أخرى منه فإنه مع هذا يقبل شهادة الفروع. وقال فى المهذب: ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة إلا عند تعذر حضور شهود الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة لأن شهادة الأصل أقوى لأنها تثبت نفس الحق، والشهادة على الشهادة لا تثبت نفس الحق فلا تقبل مع القدرة على شهود الأصل. والغيبة التى يجوز بها الحكم بالشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الأصل من موضع الحكم على مسافة إذا حضر لم يقدر أن يرجع بالليل إلى منزله. فإنه تلحقه المشقة فى ذلك. وأما إذا كان فى موضع إذا حضر أمكنه أن يرجع إلى بيته بالليل لم يجز الحكم بشهادة شهود الفرع لأنه يقدر على شهادة شهود الأصل من غير مشقة أهـ.

الثانى: أن يشهد كل من الأصلين على شهادته رجلين أو رجلا وامرأتين وإذا شهد رجلان على شهادة أحد الأصلين جاز لهما أن يشهدا على شهادة الآخر لأن الشاهد يجوز له أن يتحمل الشهادة على حوادث كثيرة وإنما اشترط هذا الشرط لأن الشهادة غير موجبة للحكم بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلابد من الإنابة والتحميل (أنظر الفتح والعناية).

قال فى المهذب: ولا يصح تحمل الشهادة على الشهادة إلا من ثلاثة أوجه: أحدهاأن يسمع رجلا يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا مضافا إلى سبب يوجب المال من ثمن مبيع أو مهر، لأنه لا يحتمل مع ذكر السبب إلا الوجوب والثانى: أن يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لأنه لا يشهد عند الحاكم إلا بما يلزم الحكم به والثالث أن يسترعيه رجل بأن يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتى بذلك لأنه لا يسترعيه إلا على واجب لأن الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون إلا على واجب. وأما إذا سمع رجلا فى دكانه أو فى طريقه يقول: أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل فاشهدوا على شهادتى لم يشهد به لأنه يحتمل أنه أراد أن له عليه ألفا من وعد وعده بها، ولم يجز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال. أهـ.

وفى مذهب مالك الاتفاق على الوجه الثالث والاختلاف فيما عداه (أنظر

التبصرة).

الثالث: ألا ينكر تحميل الشهادة للفرع، فإن أنكرها أو قال أشهدت غيرهما فلا تقبل شهادة الفروع للتعارض.

الرابع: ألا يخرج الأصول عن أهلية الشهادة بفسق أو عمى أو جنون أو ردة أو غير ذلك أما إذا ماتوا أو غابوا فشهادة الفروع مقبولة. ووجهه يفهم مما تقدم فى موضعه.

الخامس: ألا يحضر الأصل قبل القضاء، فلو حضر لا يقضى بشهادة الفروع بل يجب أن يرجع إلى نفس الأصل. ولو أن أحد الأصلين شهد بنفسه، وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر جاز ذلك (انظر فتح القدير).

وكيفية التحميل أن يقول الأصل مخاطبا الفرع: أشهد على شهادتى أن أشهد بكذا، ويكفى سكوت الفرع فى القبول، ولو رد الشهادة ارتدت حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل. وكيفية أداء الفرع للشهادة أن يقول: أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته بكذا، وقال لى أشهد على شهادتى بذلك. وهذه أوجز عبارة (وانظر الدر والتكملة).

التعديل: يكفى تعديل الفرع لأصله إن كان الفروع معروفين بالعدالة عند القاضى. وهذا هو ظاهر الرواية، وهو الصحيح، لأن الفرع فى هذه الحالة من أهل التزكية، ولأنه ناقل عبارة الأصل إلى مجلس القاضى، وبالنقل ينتهى حكم النيابة فيصير أجنبيا

فيصح تعديله إذا عرفه القاضى بالعدالة، وعن محمد أنه لا يصح تزكية الفروع للأصول ولو كان الفروع معروفين بالعدالة عند القاضى لما فى ذلك من التهمة وهو تصحيح شهادتهم التى تحملوها عنهم. وإن كان الفروع غير معروفين بالعدالة، فالمفتى به أنه يلزم القاضى أن يعدل الكل أى الأصول والفروع لأن المأخوذ على الفروع النقل دون التعديل، لأنه قد يخفى عليهم، فيتعرف القاضى العدالة كما إذا شهدوا بأنفسهم، وقال فى التكملة نقلا عن الخانية: أن القاضى إذا عرف الأصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم، وإن عرف أحدهما دون الآخر سأل عما لا يعرفه.

وإذا شهد الفرع على شهادة أصل فردت شهادته لفسق الأصل لا تقبل شهادة

أحدهما بعد ذلك أهـ. أى إلا إذا حصلت التوبة ومضت بعدها مدة ستة أشهر على المفتى به كما تقدم.

(تنبيه) اختلفوا فى تعديل أحد الشاهدين صاحبه. نقل فى الظهيرية. شاهدان شهدا لرجل والقاضى يعرف أحدهما بالعدالة. ولا يعرف الاخر فعدله الذى عرفه القاضى بالعدالة قيل لا يقبل القاضى تعديله، وقيل يقبل. وقال فى الدر المختار. تعديل أحد الشاهدين صاحبه هو الأصح. قال فى التكملة. إنه اختير صاحب الهداية. وعلى هذا لو عدل أحد الفرعين الآخر، وكان المعدل معروفا بالعدالة عند القاضى صح ذلك على الأصح (أنظر الدر وتكملة رد المحتار)،

ولا تنس ما تقدم من أن التزكية نسخت من قانون المحاكم الشرعية واستبدلت بها اليمين.

وأما جرح الشهود أى الطعن فيهم بما يرد شهادتهم أو يسقطها فهو لا يزال باقيا ولا وجه لإلغائه كما ألغيت التزكية (٣).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- للشهادة على الشهادة فى فقه الشريعة الإسلامية ضوابط وشروط منها أن يشهد على شهادة كل أصل رجلان أو رجل وامرأتان، ولو كان أحد شهود الأصل امرأة فلو شهد على شهادة كل أصل شاهد واحد أو رجل وامرأة أو امرأتان لم تقبل هذه الشهادة لأن الفروع إنما تشهد أمام القاضى على شهادة الأصول وتعتبر شهادة كل أصل حق يراد إثباته أمام القاضى ولا يثبت الحق أمامه بدون نصاب كامل. (٤)

---

(٣) الشهادة على الشهادة لا تزال مقبولة شرعا ونظاما أمام المحاكم عملا بالمادة (٣) من القانون رقم ١ السنة ٢٠٠٠

(٤) الطعن رقم ٣٥ سنة ٣٤ق - أحوال شخصية - جلسة ١٥/ ١١/ ١٩٦٧

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٦٩ قاعدة ١٨٧٣.

، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص١٦٨٨

الفصل الحادى عشر

الرجوع عن الشهادة

مقدمة

معنى الرجوع عن الشهادة أن ينفى الشاهد ما أثبته بشهادته أولا كأن يقول: كنت مبطلا فيما شهدت به، أو شهدت بزور، أو كذبت فيما شهدت به، أو يقول رجعت عن شهادتى ونحو ذلك.

أما إذا أنكر الشهادة فقال لم أشهد فلا يكون هذا رجوعا (اتفاقا). أنظر التكملة.

ويشترط لصحة الرجوع أن يكون بمجلس القضاء سواء أكان عند القاضى الذى سمع الشهادة أو عند قاض آخر غيره، وذلك لأن الرجوع عن الشهادة فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضى أى قاض كان. وإذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوع الشاهدين وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا (هداية) (١).

ويشترط أيضا لصحة الرجوع القضاء به أو القضاء بالضمان على الشهود (تكملة، وانظر تمام البحث فيها).

والرجوع عن شهادة الزور أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصا من عقاب الكبيرة (عناية. وانظر ما سيأتى) ويترتب على الرجوع عن الشهادة أمران (الأول) يرجع إلى تأديب الشاهد (الثانى) يرجع إلى ضمانه.

وهاك جملة القول فيهما.

---

(١) انظر الفتح ففيه بحث وجيه يتضمن إبطال الملازمة بين الشهادة والرجوع عنها حتى يشترط فيه ما يشترط فيها من الكون فى مجلس القضاء.

الفـــرع الأول

ما يرجع إلى تأديب الشاهد وعقوبة شاهد الزور

الذى يرجع إلى تأديب الشاهد أمران:

تعزيز فى غير الشهادة على الزنا .

وحده حد القذف فى الشهادة على الزنا.

المبحث الأول

تعزير الشاهد إذا رجع عن الشهادة أو ثبت كون شهادته زورا.

الزور هو الكذب والباطل مأخوذ من زور يزور بمعنى مـال وانحرف وذلك لأن فيه ميلا وانحرافا عن الصدق والحق. فمن ظهر أنه شهد بزور بأن أقـر على نفسه أنه كذب فى شهـادته عزر. ويكون تعزيره بالتـشهير على قـول الإمام، وهو المفتى به سـواء أكان رجوعه قبل القضاء أم بعده، وهذا هو المعول عليه. ولو قال الشاهد بعد أن أدى الشهادة غلطت أو ظننت ذلك، قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم فيعزر، وقيل لا تعزير لعدم تعمـده الكذب. وهل تثبت شهادة الزور بغير إقـرار الشاهد؟ نقل فى الفتح عن شيخ الإسلام خواهر زادة أن من ذلك أن يشهدا بموت واحد فيجىء حيا أهـ. وقال خير الدين الرملى: التحقيق أنه يحكم به فى كل ما يتيقن كذبه.

قال فى المهذب: ويثبت أنه شاهد زور من ثلاثة أوجه: أحدهـا أن يقر أنه شاهد زور، والثانـى أن تقوم البـينة أنه شاهد زور، والثـالث أن يشهـد بما يقطع بكذبه، بأن شهد على رجل أنه قـتل أو زنى فى وقت معين فى موضع معين، والمشـهود عليه فى ذلك الوقت كان فى بلد آخر (أقول - فى هذا دلالة صريحـة على قبول شهادة النفى وتقديمهـا على شهادة الإثبات. قارن هذا بما جاء فى الهـداية من أن كونه شاهد زور لا يثبت بالبينة لأنه نفى الشهادة، والشـهادة شرعت للإثبات وانظر ما قدمناه فى ذلك أول الكتاب فى الشهادة على النفى. وأما إذا شهد بشىء أخطأ فيه لم يكن شاهد زور لأنه لم يقصد الكذب. وإن شهد لرجل بشىء، وشهد به آخر أنه لغيره لم يكن شاهد زور لأنه ليس تكذيب أحدهمـا بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك فى عـدالته. أهـ وانظر المغنى فى الكلام فى شهادة الزور.

وتعزيز شـاهد الزور متـفق عليه سواء اتصل القـضاء بشـهادته أم لا لأنه ارتكب كبيـرة اتصل ضررها بالناس وليس فيـها حد مقدر فـيعزر زجرا له وتنكـيلا. قال فى التبيين: وجه كون شهادة الزور كـبيرة قوله صلى الله عليه وسلم: أيها الناس عدلت شهاد الزور الإشراك بالله، ثم تلا قوله تعالى: «فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور» .

وقال فى الفتح: روى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ألا أخبركم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله، قال: الشرك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئا فجلس ثم قال: ألا وقول الزور، وشهادة الزور، فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت» أهـ. وقال تعالى فى وصف عباده المؤمنين «والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراما».

وقال فى فتح القدير: قالوا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده. ولا يخلو عن نظر، لأن الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده، أو التهور والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة، ولا على ذنب ارتفع بها. أهـ. وأجاب عن ذلك فى البحر بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أو كون المشهود عليه غره بمال، لا لما ذكره. أهـ. وكأن هذا الجواب لم يعجب علاء الدين صاحب التكملة فقال: ويظهر لى أن الجواب الحسن فى ذلك أن للحاكم تعزير الجانى ولو بعد انقضاء الجناية، بخلاف غيره من بقية المسلمين فليس لهم ذلك إلا حين التلبس بالجناية أهـ.

وقد اختلفت الرواية فى تعزير شاهد الزور. والمشهور عن أبى حنيفة رحمه الله أن يكتفى بتشهيره واقتصر على ذلك فى الهداية وزاد صاحباه على التشهير الضرب والحبس. وكيفية التشهير كما كان يفعل شريح رحمه الله: هو أن يبعث شاهد الزور إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن لم يكن سوقيا فى المكان والوقت اللذين يكثر فيهما اجتماع الناس ثم يقول الرسول مخاطبا القوم. إن شريحا يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه أهـ. وقد أقره الصحابة على ذلك ولم يعترضوا عليه، قال فى الفتح. وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أهـ. واحتج الصاحبان بأن عمر رضى الله عنه ضرب شاهد الزور (وانظر العناية والفتح).

وقال فى المهذب أيضا: إذا ثبت أنه شاهد زور رأى الإمام تعزيره بالضرب أو الحبس أو الزجر فعل. وإن رأى أن يشهر أمره فى سوقه ومصلاه وقبلته وينادى عليه أنه شاهد زور فاعرفوه فعل، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس، ولأن فى ذلك زجرا له ولغيره عن فعل مثله. وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال: إن كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لقوله عليه

السلام «أقيلوا ذوى الهيآت عثراتهم» وهذا غير صحيح لأنه بشهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة. أهـ

أقول إذا ثبت كونه شاهد زور بإقراره بأنه تعمد الكذب وشهادة الزور فالوجه ما قاله صاحب المهذب لأنه هو الذى أسقط صيانته بنفسه، أما إذا ثبت بغير ذلك فلا دليل يقطع به على تعمده شهادة الزور فيكون لما قاله ابن أبى هريرة وجه. وفى المهذب أيضا: من ردت شهادته بمعصية فتاب قبلت شهادته. وتوبة شاهد الزور أن يقول: كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله. ويشترط فى صحة توبته إصلاح العمل. أهـ

وقال فى حلى المعاصم: شاهد الزور لا تقبل له شهادة أبدا وإن تاب، وقيل تقبل إذا تاب وحسنت حاله وزاد فى الخير، وبالأول العمل.

واختلف فى عقوبته إذا جاء تائبا والأظهر ألا يعاقب ولا تجوز شهادته أهـ.

وقال فى البهجة ما خلاصته: إذا رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم بها سقطت شهادته وصارت كالعدم، ثم إذا كانت الشهادة على الزنا فإنه يحد برجوعه حد القذف، وإن كانت على غير الزنا فقيل يؤدب وقيل لا يؤدب مخافة ألا يرجع أحد وبه العمل. فإذا رجع عند غيره من العدول أو عند غير قاضيه فقولان: القبول، وعدمه. وتمامه فيه.

وقيل إن المسألة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول. نعم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب أو الحبس بالاتفاق. وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف السابق (انظر فتح القدير والعناية).

وقال فى العناية. إذا تاب شاهد الزور هل تقبل شهادته بعد ذلك أولا؟ إن كان فاسقا تقبل لأن الحامل له على الزور فسقه، وقد زال بالتوبة. ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر وعند اخرين سنة، قالوا: والصحيح أنه مفوض إلى رأى القاضى، وإن كان مستورا لا تقبل أصلا، وكذلك إن كان عدلا، على رواية بشر عن أبى يوسف، لأن الحامل له على ذلك غير معلوم، فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى أبو جعفر أنها تقبل، قالوا وعليه الفتوى أهـ.

فصل القانون عقوبة شاهد الزور فى الأحوال المختلفة وكذا من أكره غيره على

المبحث الثانى

عقوبة الشاهد إذا رجع عن شهادته بالزنا

قال فى البدائع: الرجوع عن الشهادة بالزنا إما أن يكون من جميع الشهود وإما أن يكون من بعضهم دون بعض. فإن رجعوا جميعا يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء. أما قبل القضاء فلأن كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا لا شهادة.

إلا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقى قذفا فيوجب الحد بالنص.

وأما بعد القضاء فلأن كلامهم وإن صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع فصاروا بالرجوع قذفه فيحدون.

ولو رجعوا بعد القضاء والإمضاء فلا خلاف فى أنهم يحدون إذا كان الحد جلدا وإن كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: لا حد عليهم. وجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين أصحابنا فيسقط (٢).

وجه قول الأصحاب أنه بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده، وإنما يصير قذفا وقت الرجوع والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد (٣).

أما إذا رجع بعضهم فإن كان قبل القضاء فإنهم يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة

---

(٢) إذا مات المقذوف سقط حد القذف، ولو كان موته بعد إقامة بعض الحد بطل فى الباقى، وذلك لأنه لا يورث عند أبى حنيفة وأصحابه خلافا للشافعى (انظر التبيين والهداية وشروحها وانظر المهذب وما جاء فى كتابنا (أحكام المرأة) فى باب الأجزية فهو واف جدا).

(٣) قذف الإنسان بعد موته موجب لإقامة الحد على القاذف، والذى يطلبه فى هذه الحالة أحد أصول المقذوف أو فروعه لأن العار يلحق بهم بسبب كونه جزءا منهم أو هم جزء منه (انظر التبيين والبدائع والهداية وكتابنا أحكام المرأة).

وعند زفر بحد الراجع فقط وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لا قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفا الرجوع، ولم يوجد إلا من بعضهم، فينقلب كلام الراجع خاصة قذفا ووجه قول الأصحاب: أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة القضاء، إذ الشهادة لا تصير حجة إلا به، فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغى أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمى منهم، إلا أنه لا يقام لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء، ولئلا يؤدى إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفا فيحدون، وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فإنهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا فكذا هذا (٤).

وإن كان بعد القضاء وقبل الإمضاء فإنهم يحدون جميعا عند الشيخين وعند محمد يحد الراجع خاصة. وجه قوله، إن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا إلا بالرجوع. ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا، فلم يصح رجوعه فى حق الباقين فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون. ووجه قولهما: إن الإمضاء فى باب الحدود من القضاء، فكان رجوعه قبل الإمضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء، ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة، فكذا إذا رجع بعد القضاء وقبل الإمضاء.

وإن كان بعد الإمضاء فإن كان الحد جلدا يحد الراجع خاصة بالإجماع لأن رجوعه صحيح فى حقه خاصة لا فى حق الباقين، فانقلبت شهادته خاصة قذفا، فيحد خاصة. وإن كان الحد رجما ومات المقذوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافا لزفر. والوجه ما تقدم فيما لو رجعوا جميعا. أهـ المراد منه بشىء يسير من الإيضاح.

---

(٤) قارن هذا بما جاء فى المهذب، قال: إن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لأنه اعترف بالقذف، ومن أصحابنا من قال: فى حده قولان لأنه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة، وليس بشىء. وأما الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولا واحدا لأنه ليس من جهتهم تفريط، لأنهم شهدوا والعدد تام، ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه، ومن أصحابنا من قال: فى حدهم قولان، وهو ضعيف أهـ.

الفــرع الثــانى

تأثير رجوع الشاهد عن الشهادة فى القضاء وضمانه البدنى والمالى

وهاك جملة القول فى هذه المسائل الثلاث

المبحث الأول

فى تأثير رجوع الشاهد فى القضاء

رجوع الشاهد عن الشهادة إما أن يكون قبل القضاء، أو بعد القضاء وقبل الإمضاء (التنفيذ)، أو بعد القضاء وبعد الإمضاء.

(أ) الرجوع قبل القضاء (1): إذا رجع الشهود عن الشهادة قبل القضاء بها سقطت الشهادة عن إثبات الحق بها، لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضى ولا قضاء هنا لأن القاضى لا يقضى بكلام متناقض. كذا فى العناية وغيرها، وهو قول الجمهور، وهو المعقول. وحكى فى المهذب عن أبى ثور أنه قال: يحكم القاضى بشهادتهم، قال فى المهذب: وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع، ويجوز أن يكونوا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة ولا يحكم مع الشك أهـ.

(ب) الرجوع بعد القضاء وقبل الإمضاء: يجب أن يفرق هنا بين ما يكون الإمضاء فيه من تمام القضاء وهو الحدود والقصاص وما لا يكون كذلك وهو القضاء بما سوى ذلك من الأموال وسائر الحقوق الأخرى.

فإن كان الأول فإنه يمتنع إنفاذ القصاص وإقامة الحد وذلك لأن فى رجوع الشهود عن شهادتهم شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، وكذا القصاص صونا للدماء ولأن الإمضاء فيهما من تمام القضاء. فكان الرجوع فى الحقيقة

---

(1) مادة 91 إثبات «تثبت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها..».

تقابل المادة 73 من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

قبل تمام القضاء ، وهذا هو مذهب أصحابنا . ومذهب الشافعى مثله .
قال فى المذهب : ان رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فأن كان فى حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء ، لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبة طاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة فى كل من الحد والقصاص .
وأما عند مالك ففى كتب أصحابه ، خلاف واضطراب فى ذلك : فقيل ينفد القضاء فى كل من القصاص والحدود ولو رجع الشهود بعد القضاء وقبل الاستيفاء، ولكن المستحسن عندهم عدم الانفاذ لحرمة الدم وخطره (وانظر البهجة ومنح الجليل) وقد لخص هذه المسألة فى حلى المعاصم تلخيصا حسنا فراجعه أيضاً.

وإن كان الثانى فالقضاء نافذ، ولا يؤثر فيه ذلك الرجوع، وذلك لأن كلامهم الثانى المتضمن رجوعهم عن الشهادة يناقض كلامهم الأول الذى إنبنى عليه القضاء، والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا، فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدى إلى التسلسل فى الحكم وفسخه، وذلك خارج عن موضوعات الشرع، ولأن الكلام الآخر فى الدلالة على الصدق كالأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينتقض به (كذلك فى العناية)، ولأن الشاهد فى الرجوع عن شهادته متهم فى حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى فى دعواه، فلم يصدق فى الرجوع فى حق المشهود له للتهمة، إذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلا ينقض القضاء. كذا فى البدائع وتمامه فيه.

فإن قيل : لم منعتم الإستيفاء إذا فى الحد والقصاص ؟ أقول : لوجوب الشبهة الدارئة للحد والقصاص كما تقدم. وأما هنا فلا تأثير للشبهة، وهذا هو الفرق.

وقال فى فتح القدير : وكان أبوحنيفة رحمه الله أولا يقول ينظر إلى حال الشهود إن كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء فى العدالة صح رجوعهم فى حق نفسهم وفى حق غيرهم، فيعزرون وينقض القضاء، ولا يجب الضمان على الشاهد، وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان، ثم رجع إلى أنه لا يصح

رجوعه فى حق غيره على كل حال،، فلا ينقض القضاء، ولا يرد المال على المقضى عليه. أ هـ. وقال ابن جزى فى قوانينه : إن رجع الشهود بعد الحكم لم ينقض الحكم عند الجمهور خلافا للأوزاعى وسعيد بن المسيب أهـ. ومثله فى شمس الهداية، وكأنه نقله عنه، وأنظر المغنى.

وأقول : أنه يؤخذ من هذا أن المسألة غير متفق عليها عند السلف لما أورثه الرجوع من الشبهة فى الشهادة فى نظر فريق من العلماء ولعدم الاكتراث بذلك فى نظر الجمهور للملاحظات المذكورة آنفا.

ثم قارن بين هذا القول الأخير وما نقله فى المهذب عن أبى ثور. واستعرض كل الآراء الخلافية فى هذه المسألة وغيرها يظهر لك إلى أى مدى كانت حرية الرأى وسعة دائرة التفكير فى استنباط الأحكام الشرعية الإجتهادية التى كانت تصحبها بالضرورة حياة علمية نامية مترعرعة. وإن من سار على الدرب وصل.

(حـ) الرجوع بعد القضاء وبعد الإمضاء : إذا كان الإمضاء بفعل محسوس لا سبيل إلى رده كالقتل فى القصاص فقد قضى الأمر، ولم يبق إلا الضمان، وإن كان ممكن التدارك كرد المال المقضى به إذا كان رجوع الشهود بعد ان استوفاه المقضى له فمذهب الجمهور أن القضاء ماض لا ينقضى ولم يبق إلا الضمان والظاهر من قول أبى حنيفة أولاً والأوزاعى. وسعيد رحمهم الله أن القضاء ينقض لأن نص النقل عنهم مطلق ونقض القضاء هو مذهب الإمام أحمد كما نص على ذلك فى المغنى.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- عدول الشاهد فى أقواله أو تصحيح شهادته . جائز . مادام لم يبرح مجلس القضاء. (١)

-من المقرر أنه يجوزللشاهد أن يرجع فى أقواله ويصحح شهادته مادام فى مجلس القضاء ولم يبرحه، أخذا بأن الرجوع عن الشهادة فسخ لها فيختص بما تختص به الشهادة فى المجلس. (٢)

---

(١) الطعن رقم ٢٤ سنة ٤٩ ق أحوال شخصية جلسة ٣٠/ ١٢/ ١٩٨٠

(٢) الطعن رقم ٣ سنة ٤٣ ق - احوال شخصية - جلسة ١٠/ ٣/ ٧٦.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٧٥ قاعدة ١٨٩١،

الطعن رقم ٤٣ سنة ٤٨ق احوال شخصية جلسية ٢٠/ ١/ ١٩٨١

- المقرر فى فقه الحنيفة أن تدارك الشاهد ما قد يقع فى شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القضاء جائز وتقبل به الشهادة. (٣)

- إشترط فقهاء الحنيفة لقبول الشهادة - فى النسب وفى غيره - شروطا منها أن يكون الشاهد عدلا وأن يتدارك ما وقع فى شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القاضى فإن هو غادر المجلس ثم عاد إليه وقال : «أوهمت بعض شهادتى» أى أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة باطلة لا تقبل شهادته لتمكن تهمة استغوائه من المدعى أو المدعى عليه. (٤)

لا يصح تكذيب الشاهد فى إحدى روايتيه اعتمادا على رواية أخرى دون قيام دليل يؤيد ذلك. (٥)

---

(٣) الطعن رقم ٤٣ سنة ٤٨ق - احوال شخصية - جلسة ٢٠/ ١/ ٨١

، الطعن رقم ٣٤ سنة ٣٩ق - احوال شخصية جلسة ١٧/ ٤/ ٧٤. مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٥ ص٦٨٩.

(٤) الطعن رقم ٣٥ سنة ٣٤ق - احوال شخصية - جلسة ١٥/ ١١/ ٦٧.

، الطعن رقم ٢٨ سنة ٤٨ ق - احوال شخصية - جلسة ١٣/ ٢/ ٨٠.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٧٤ قاعدة ١٨٨٩، ص ٦٧٥ قاعدة ١٨٩٢.

(٥) الطعن رقم ١٦٤٢ سنة ٣٤ ق جنائى جلسة ٤/ ١/ ١٩٦٥ مجموعة القواعد القانونية الجزء ٤ ص ٧٣٨.

، الطعن رقم ١٩٥٤ سنة ٤٥ ق جنائى جلسة ٢٢/ ٣/ ٧٦. مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٧ ص ٣٤٠.

المبحث الثانى

فى الضمان البدنى وما يقوم مقامه

الضمان عند أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله كله ضمان مالى فى جميع المواضع حتى لو كان الرجوع بعد إستيفاء القصاص ولو كان الشهود قد صرحوا عند رجوعهم أنهم شهدوا زورا أو جاء المشهود بقتله حيا. وأما عند غيرهم فقد يكون الجزاء بدنيا بالقصاص منهم على ما سأسمعك.(١)

قال فى الهداية وشروحها والتبيين ما ملخصه : لو شهدا بقصاص ثم رجعا بعد أن اقتص من المشهود عليه ضمنا الدية ولا يقتص منهما وذلك لأن القتل لم يوجد منهما مباشرة (وهو ظاهر) ولا تسببا يوجب القصاص لأنه بعد القضاء يجوزأن يعفو الولى والعفو مندوب إليه شرعا وقد يقف الناس فى الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها، ومن الناس من يغلب عليه طلب التشفى، ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وهو العفو وحصول مال ينتفع به فيكون جامعا بين دنيا وأخرى، كما أن من الناس من يأبى عليه شممه وأنفته أن يأخذ من المعفو عنه شيئا بل قد يأنف بعضهم من أن يقتص من القاتل إحتقارا له وازدراءً به كما صنع مصعب بن الزبير حينما تمكن من إبن جرموز. وعلى ذلك لا تكون شهادة الشهود بما يوجب القصاص مفضية إلى القصاص حتما، ولأن الفعل الاختيارى الصادر من الولى الحاصل بعد الشهادة والقضاء يقطع نسبة الفعل إلى المتسبب وهو الشاهد (راجع هذا المبحث فى الأصول) ثم لا أقل من الشبهة لأن الشهود لم يقم دليل قاطع على أنهم تعمدوا ارادة إزهاق روح المشهود عليه ولا على أنهم صادقون فى رجوعهم. والشبهة دارئة للقصاص. فإن قيل : ولم تلزم الدية مع قيام هذه الشبهة ؟ أجيب بأن المال يثبت مع الشبهات بخلاف القصاص أهـ.

---

(١) انما عبرت عن عقوبة الشاهد البدنية بالقصاص منه عند من يرى ذلك بلفظ الضمان لسببين : (الأول) للمشاكلة مع الضمان المالى الذى هو الضمان الحقيقى لأنه يعوض على المحكوم عليه أو وليه ما أخذ منه أو مثله فى تقدير الشرع (الثانى) لبيان انه غير تلك العقوبة التعزيزية وحد القذف. وقد عبر عنه فى كتب المذهب بما يرجع إلى نفس الشاهد بسبب ما أتلفه بشهادته.

وكالرجوع إلى الشهادة بالقصاص فى القتل الرجوع عنها فيما دون القتل (أنظر البدائع).

وقال فى حلى المعاصم : إذا كان الرجوع بعد الحكم والإستيفاء فى الشهادة بالقتل وجبت الدية إن لم يثبت تعمد الشهادة باطلا وهذا عند إبن القاسم وأشهب. وقال إبن الماجشون لا يغرمان شيئا، فإن ثبت عندهما فالدية عند ابن القاسم ايضا والقصاص عند أشهب، ويعاقبان فى العمد إذا لم يكن قصاص أهـ. ملخصا ومثله فى البهجة مفصلا مع ذكر ما فى المسألة من الخلاف.

وقال فى المذهب : وإن شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا نظرت فإن قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا أنا أخطأنا بالأول وهذا السارق فأبطل شهادتهما على الآخر وضمنهما دية يد الأول وقال : لو أعلم أنكما تعمدتا لقطعتكما. ولأنهما ألجآه إلى قتله بغير حق فلزمهما القود كما لو أكرهاه على قتله. وإن قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد مؤجلة لما فيه من الخطأ. فإن قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة (٢) لأنه خطأ ولا تحمله العاقلة لأنها وجبت باعترافهم أهـ. وتمامه فيه. وقال فى فتح القدير : أن مذهب أحمد هو ضمان الدية فى مالهما إذا قالا أخطأنا والقصاص منهما إذا قالا تعمدنا وهذا كقول أشهب.

هذه آراء علماء الشريعة فى هذه المسألة فقارنها بما تقدم.

---

(٢) الدية المغلظة هى مائة من الابل : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة. والدية المخففة مائة ايضا : عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون أبن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة (انظر المهذب فى باب الديات).

والدية المغلظة عند أبى حنيفة وأصحابه مائة من الإبل أرباعا من بنت مخاض إلى جذعة من كل جنس خمس وعشرون.

والخطأ مائة من الإبل أخماسا إبن مخاض وبنت مخاض وبنت ليون وحقة وجذعة من كل عشرون. وقد يؤدى بدل الإبل إما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم (انظر كتاب الديات فى الكنز وشروحه وكذا فى غيره من كتب المذهب)،

وبنت المخاض من الإبل هى التى طعنت فى السنة الثانية وابن المخاض مثلها وبنت اللبون هى التى طعنت فى الثالثة وابن اللبون مثلها. والحقة هى التى طعنت فى الرابعة. والجذعة هى التى طعنت فى الخامسة. والتى طعنت فى السادسة تسمى ثنية. والخلفة هى الحامل التى فى بطنها ولدها.

وقال فى البدائع ما ملخصه : إذا رجع شهود الزنا كلهم قبل الإمضاء فلا ضمان عليهم أصلا لعدم الإتلاف أصلا وذلك لأن سبب وجوب الضمان فى باب الرجوع عن الشهادة هو اتلاف المال أو النفس بسبب الشهادة، وقبل إقامة الحد لا إتلاف فلا ضمان. وأما بعد الإمضاء فإن كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم اتلافا أو إقرار بالإتلاف. وإن كان الحد جلدا فليس عليهم أرش الجلدات إذا لم يمت منها ولا الدية إن مات منها، وهذا عند أبى حنيفة. وأما عندهما فإن الشهود يضمنون لأن شهادتهم وقعت إتلافا بطريق التسبيب لأنها تقضى إلى القضاء، والقضاء يقضى إلى إقامة الجلدات، وهى تفضى إلى التلف، فكان التلف بهذه الوسائط مضافا إلى الشهادة فكانت إتلافا تسببيا ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأثر حصل مضافا إلى الضرب دون الشهادة لأن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح إذ الضرب الجارح غير مستحق فى الجلد، ولأن الضرب مباشرة الإتلاف والشهادة تسبيب إليه، وإضافة الأثر إلى المباشر أولى من إضافته إلى التسبيب إلا أنه ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضى. وإذا رجع بعضهم قبل الإمضاء فلا ضمان عليه لما تقدم وأما بعد الإمضاء فإن كان الحد جلدا فلا شىء على الراجع من أرش السياط ولا من الدية إن مات. وهذا عند أبى حنيفة وأما عندهما فيجب. وإن كان رجما غرم الراجع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فإن كانوا خمسة فرجع واحد منهم فلا ضمان عليه لأن من بقى من الشهود نصاب كامل يصح أن يقام بشهادته الحد. وإن رجع اثنان من الخمسة ضمنا ربع الدين لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادة الراجعين الربع فيضمنانه هذا إذا مات من أقيم عليه الحد فإن لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبى حنيفة أهـ.

والخلاف المتقدم فى الشهادة على القتل بعد الإمضاء جار مثله بين أئمة المذاهب الأربعة فى الرجوع عن الشهادة على الزنا بعد الرجم : وفى هذا المقام تفصيلات كثيرة وخلافات ومناقشات بين الفقهاء يطول إيرادها وأظن أنه لا حاجة اليها هنا فراجعها إن شئت فى الهداية وشروحها والبدائع والتبيين والمهذب والبهجة وحواشى الرهونى وكشاف القناع وغيرها من مطولات كتب المذاهب الأربعة وغيرها.

المبحث الثالث

في الضمان المالي

والكلام فيه في ثلاثة مواضع :

الموضع الأول : سبب وجوب الضمان على الشهود :

وهو كما تقدم اتلاف النفس أو المال بالشهادة، ولذا كان الرجوع قبل الحكم مطلقا، وقبل الإمضاء في الحدود والقصاص غير موجب شيئا على الشهود لعدم الإتلاف. فإذا رجع الشهود بعد القضاء بالمال فلا سبيل إلى نقض القضاء، كما تقدم ولا إلى الرجوع على المقضى له لأنه استحق ما قضى له به بحجة ظاهرة قائمة وقت القضاء فأصبح بذلك حقا وملكا له.

وكذا لا سبيل إلى تضمين القاضي - وان كان مباشرا - لأنه ملجأ من جهة الشهود فإن القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالة الشاهدين حتى لو امتنع بأثم ويستحق العزل ويعزر، ولو أوجبنا عليه الضمان لا متنع الناس عن تقلد القضاء. فلم يبق إلا تضمين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم إلى المباشرة،، والتسبيب على وجه التعدي يوجب الضمان على ما بين في محلة في علم الأصول. وإلى هذا القرار ذهب أبوحنيفة وأصحابه ومالك وأحمد وهو الصحيح من مذهب الشافعي نص على ذلك في المهذب وحكاه في فتح القدير عن الإمام الشافعي وأصحابه العراقيين.

وقول الشافعي الثاني في هذه المسألة أنه لا يرجع على الشهود بشيء. وعلل هذا القول الثاني بأن العين لا تضمن إلا باليد أو بالاتلاف، ولم يوجد من الشهود واحد منهما (أنظر المهذب).

ولا يخفى قوة تعليل القول المختار وهو الذى عليه الجمهور.

الموضع الثاني : شرائط وجوب الضمان. وهي أربع شرائط :

آن يكون الرجوع بعد القضاء،

وأن يكون فى مجلس القاضى.
وأن يكون التالف بالشهادة عينا لا منفعة ولا حقا.
وأن يكون الإتلاف بغير عوض.

فأما الشرطان الأول والثانى فقد تقدم الكلام فيهما، غير أنا نقول هنا : إنما يجب على الشاهدين أداء الضمان فى المال إذا كان المدعى قد قبض المال المدعى، دينا كان أو عينا (كما فى الهداية وغيرها) وذلك لأن اتلاف الشهود مال المشهود عليه لا يتحقق إلا بقبض المشهود له لذلك المال. قال فى العناية والفتح : إن هذا إختيار شمس الائمة، وفرق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال : إن كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع - وإن لم يقبضها المدعى . وإن كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لأن ضمان الشاهدين ضمان إتلاف. وضمان الإتلاف مقيد بالمثل - واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملك المشهود عليه إذا إتصل بها القضاء، ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك، فبإزالة العين عن ملك الشاهدين بأخذ الضمان لا تنتفى المماثلة. وإذا كان دينا فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفى المماثلة إذ لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين. وأجيب عن ذلك بأن الملك وأن ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال فى يده ملكه، فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى، وقال البزازى فى فتاواه : والذى عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المال أولا، وكذا العقار يضمن بعد الرجوع أن إتصل القضاء بالشهادة أهـ. ولصاحب التكملة بحث فى هذا الموضوع ينبغى مراجعته .

وبالجملة فالاحتياط قاض بأن يفتى بما فى الهداية وغيرها من المتون والشروح فلا يلزم الشهود بأداء الضمان إلا بعد نفاذ القضاء بتسليم المحكوم عليه العين أو الدين المقضى بهما للمقتضى له - لا بما قاله فى التنوير تبعا لأصحاب الفتاوى.

وأما الشرط الثالث : فقد قال فى البدائع ما نصه :(ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لأن الأصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا (أنظر هذا المبحث فى كتاب الغصب) وعلى هذا يخرج ما

إذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بألف درهم، ومهر مثلها ألفان، وهى تنكر فقضى القاضى بالنكاح بألف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا، لأنهما أتلفا عليها منفعة البضع، والمنفعة ليست بعين مال حقيقة، وإنما يعطى لها حكم الأموال بعارض عقد الأجارة. وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف، والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضى، ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيئا، لأنهما بشهادتهما أتلفا على الزواج المنفعة لا عين المال. وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجرة مثلها مائة درهم، والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضى ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما أتلفا المنفعة لا عين المال أهـ (1) ومن ذلك ما إذا شهدا على رجل أنه طلق إمرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر، لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط لاحتمال أن تأتى الفرقة من جهتها فيسقط كل المهر. وإذا شهدا بالعفو عن القصاص أو شهدا على اسقاط الشفعة أو على اسقاط الخيار، ثم رجعا فلا ضمان، لأن ما أتلفاه حق من الحقوق، ولا تتأتى المماثلة فى مثله حتى يقضى بالضمان.

الشرط الرابع : أن يكون إتلاف المال بغير عوض، فإن كان بعوض فلا يجب الضمان، سواءأكان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال، وذلك لأن الإتلاف بعوض يكون إتلافا صورة لا معنى، وعلى هذا يخرج ما إذا إدعى رجل على رجل أنه باع داره منه بألف درهم والمشترى ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضى ثم رجعا أنه ينظر : إن كانت قيمة الدار ألف أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشترى لأن شهادتهما وقعت إتلافا بعوض، فلا يكون إتلافا معنى فلا يوجب الضمان، وإن كانت قيمتها أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة إتلافا

(1) أقول الظاهر على مذهب من يقول بتقوم المنافع وأنها كالأعيان أنه لا فرق بين إتلاف العين وإتلاف المنفعة، إذ كلاهما فى الحقيقة مال والعدل فى نظر الشرع الصحيح والعقل السليم يقضى بهذا، ولا معنى لهذه التعسفات والتكلفات التى تلمسوها لعدم تقوم المنافع مما تأباه سماحة الشريعة المطهرة ووضوح محجتها وسلامة أصولها ومتانة بنائها. وقد اضطر علماء الحنفية إلى أن يفتوا بضمان المنافع وتقومها فى الوقف ومال اليتيم بناء على قاعدة - يفتى بما هو أنفع للوقف مما اختلف فيه العلماء، ومال اليتيم كالوقف فى وجوب الرعاية. راجع التبيين ثم حاشيته فى هذا الموضوع.

بقدر الزيادة. ولو كانت الدعـوى من المشترى والمسألة بحالها : إن كـانت قيمة الدار مـثل الثمن المـذكور أو أقل فـلا ضـمان على الشـاهدين للبـائع لما قلنا،، وإن كـانت قيـمتـها أكثـر من ألف يضمنان الزيادة لـلبائع،، لأن شهـادتهمـا وقعت إتلافـا بقدر الزيادة، وعلى هذا يخـرج أيضا ما إذا إدعت إمـرأة على رجل أنه تزوجهـا على ألف درهم، والرجل ينكر، فشـهد لها شاهدان بذلك، وقـضى القاضى بالنكاح بألف، ثم رجعا - أنه ينظر : إن كان مهر مثلها ألفـا أو اكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيئا وإن أتلفا عليها عين المال لأنهما أتلفاه بعوض له حكم عين المال وهو منافع البضع لأنها تعتبر مالا حـال الدخول فى ملك الزوج بدليل أن الأب يمـلك أن يزوج من إبنه الصغـير إمـرأة فلو لم يعتبـر البضع مالا حال دخوله فى ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على إبنه مـعاوضة مال بما ليس بمـال فكان الاتلاف بعوض هو فى حكم عـين المال فلا يكون إتلافـا معنى. وإن كان مهر مـثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج، للأنهـما أتلفا الزيادة عليه من غـير عوض أصـلا. وهذا بخلاف ماذا أدعى رجل على إمـرأة أنه طلقا بألف درهم، والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك. وقضى عليهـا القاضى بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهمـا أتلفا عليها عين المال بغـير عوض أصلا، لأن البضع حـال خروجه عن ملك الزوج لا يعتـبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يخلع من إبـنته الصغيـرة على مال، ولو فعل وأدى من مالها يضمن ولو كان مالا الملك ، لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال (أنظر البدائع والهداية وشروحهـا والتبيين، ثم أنظر التكملة ففيها أمثلة لرجـوع الشهود عن الشهادة فى جميع العقود والتصرفات. مما لا حاجة إلى إيراده هنا خشية التطويل).

ملاحظة : نقل فى التكملة عن لسان الحكام أن الشاهدين متى ذكرا شيئا هو لازم للقضاء ثم ظهر بخلافه ضمنا ومتى ذكرا شيئا لا يحتاج إليه القضاء ثم تبين بخلاف ما قالا لا يضمنان شيـئا. ثم أورد مثـالا لذلك. وقد رأيت هذه المسألة أيـضا فى واقعـات المفتين نقـلا عن جامع الفصولين فانظرها إن شئت فى أحد هذه الكتب الأربعة.

الموضع الثالث : مقدار الواجب فى الضمان:

وهو على قـدر الاتلاف ويدخل تحت هذا رجـوع بعض الشـهـود ورجـوعـهم كلهم.

والأصل فيه ان العبرة بمن بقى من الشهود لا بمن رجع.. قال فى الفتح وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال، والرجوع إنما يوجب الضمان، لأنه إتلاف للمال المشهود به، فإذا بقى بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقى المال ثابتا، فلم يتحقق بالرجوع إتلاف شىء، ومن المحال أن يضمن مع عدم إتلاف شىء. وأما ما أورد من أنه ينبغى إذا رجع واحد من الاثنين ألا يبقى شىء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شىء أصلا فيقتضى أن يضمن الواحد الراجع كل المال. فهو مصادم للإجماع على نفيه. وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شىء بشهادة الواحد إنما هو فى الإبتداء، ولا يلزم فى حال البقاء ما يلزم فى الابتداء. وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شىء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما فى حال البقاء حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقى على شهادته ويكون متلفا برجوعه. إذا عرف هذا، فإذا رجع أحد الاثنين لزمه النصف لأنه أتلفه برجوعه.

أقول لا يخفى أن شهادة الشهود العدول علة لوجوب القضاء على القاضى، وقضاء القاضى علة مباشرة للزوم الحقق على المدعى عليه والشهادة علة مركبة لا تعمل عملها ولا يترتب عليها حكمها ألا بتكامل أجزائها ثم يضاف الحكم إلى جملتها فليس كل جزء من اجزائها مؤثرا فى جزء مقابل له من الحكم بخصوصية وإلا لكانت جملة علل لكل منها أثر خاص فيما يقابله من المعلومات بل الجملة مؤثرة فى الجملة وتأثيرها على كل جزء من أجزاء المعلول، كما إذا غرقت سفينة بسبب أثقال موضوعة فيها فوق ما تتحمله فإن غرقها يضاف إلى جملة تلك الأثقال إذ هى بمجموعها علة للغرق، كذلك شهادة الشاهدين والأربعة بالنسبة للحكم، فكيف يقال أنه فى حالة البقاء أى بعد القضاء يوزع المحكوم به على الشهود فيكون كأن كل واحد منهم قد ثبت بشهادته جزء من المال فإذا شهدا بدين مائة مثلا يقال أن شهادة كل منهما أثبتت خمسين من الدين مع أن الواقع أن شهادتيهما تواردتا معا كل جزء من أجزاء الدين كيفما تناهى فى الصغر، وأنه لا فرق بين حالة الابتداء وحالة البقاء فى ذلك، إذ الحقائق لا تتغير. هذا ما كان يخطر ببالى دائما وأنا غير مرتاح إلى ما قالوا. والله اعلم

وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجع ثان ضمن الراجعان نصف المال لأنه ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق. وأن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقى وإن رجعتا ضمنتا

نصف الحق إذ بشهادة الرجل بقى نصف الحق. وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق، وان رجع الرجاء والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق، وعلى النسوة خمسة أسداسه، وهذا عند أبى حنيفة، وأما عندهما فعلى الرجل النصف، وعلى النسوة النصف، لأنهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل اليهن. ولأبى حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا. وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق. ولو شهد رجلان وامرأة على مال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة، لأن المرأة الواحدة ليست بشاهد بل هى بعض الشاهد،، فلا يضاف إليها الحكم. (أنظر الهداية والفتح والبدائع).

المبحث الرابع

تتمة

تحتها مسألتان

المسألة الأولى : رجوع شهود الأصل وشهود الفرع.. إذا رجع شهود الفرع ضمنوا، لأن الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم، ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلاضمان عليهم، لأنهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل للصدق والكذب. وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا على قول محمد لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصاروا كأنهم حضروا بأنفسهم وشهدوا ثم رجعوا. وقال الشيخان : لا ضمان على الأصول لأن القضاء وقع بشهادة الفروع، لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادة الفروع. وظاهر الهداية ترجيح قول محمد. ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عند الشيخين على الفروع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم. وعند محمد : المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الفروع، وإن شاء ضمن الأصول،، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع على الوجه الذى بينه الشيخان. وبشهادة الأصول على الوجه الذى بينه محمد فيتخير بينهما، والجهتان مغايرتان فلا يجمع بينهما فى التضمين، ووجه تغايرهما أن شهود الأصل يشهدون على أصل الحق، وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم (وانظر الفتح) وان قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان لأنهم ما رجعواعن شهادتهم، وانما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

المسألة الثانية : رجوع المزكين : إذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا على قول أبى حنيفة لأن التزكية اعمال للشهادة، إذ القاضى لا يعمل بها إلا بالتزكية وقال الصاحبان : لا يضمنون لأنهم أثنوا خيرا على الشهود، فالقضاء إنما وقع بالشهادة، والمعول عليه قول أبى حنيفة رضى الله عنهم أجمعين. انظر الهداية والعناية وفتح القدير.

الفرع الثالث
ملخص

الكلام فى شهادة الزور وفى رجوع الشهود عن الشهادة وهو مزيج من الأحكام القانونية والأحكام الشرعية.

أقول ـ ينقسم الكلام فى هذا الموضوع إلى اربعة اقسام :

١- القسم الأول من ابتداء النظر فى الدعوى إلى اقفال باب المرافعة.

٢- القسم الثانى بعد اقفال باب المرافعة إلى النطق بالحكم.

٣- القسم الثالث بعد النطق وقبل التنفيذ.

٤- القسم الرابع بعد التنفيذ .

القسم الأول :

(قانونا) لا يعاقب شاهد الزور فى قضية اذا عدل عن أقواله الكاذبة قبل انتهاء المرافعة. ولا تعتبر المرافعة أنها انتهت إلا بعد سماع دفاع المتهم فى الدعوى الأصلية ووكيله، أى بعد انتهاء الاجراءات التى يتلوها الحكم فى الدعوى. فقبل سماع الدفاع المذكور يجوز للشاهد المذكور العدول عن شهادته بقطع النظر عن السبب الذى عدل من أجله الشاهد عن شهادته الأولى، سواء أكان ذلك خشية العقاب أو رادعا وجدانيا أو ما شابه ذلك.

(شرعا) إن كانت الشهادة على الزنا ثم رجع فانه يحد حد القذف وان كانت على غير الزنا وثبت تعمده الكذب كانت عقوبته التعزير على جريمته عند الجمهور وقيل إذا رجع تائبا لا يعزر وإن كان مخطئا غير متعمد بل بنى شهادته على ظن أو بناها على التسامح فقيل أنه يعزر أيضا جزاء تعجله وتهوره وقيل، وهو رأى الأكثرين من الفقهاء أنه لايعزر لعدم تعمد الكذب فى الشهادة (١).

---

(١) أنظر المغنى والمهذب فى الكلام فى شهادة الزور . وانظر ما تقدم فى كتابنا هذا مما يتعلق بذلك وانظر العناية فى آخر شهادة الزور وقبل الرجوع عن الشهادة .

هذا من حيث مايتعلق بعقوبة الشاهد، وأنت ترى هنا أن فقهاء الشريعة أشد على شاهد الزور من فقهاء القانون. وأما من جهة بناء القضاء على الشهادة فانه لايجوز لبطلان الشهادة اما بثبوت كونها شهادة زور واما برجوع الشهود عنها خلافا لما حكاه فى المهذب والمغنى عن أبى ثور محتجا بأن الشهادة قد اديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم (أنظر الرد على هذا الرأى فى المغنى) وكذا من حيث الضمان فلا ضمان لعدم اتلاف الشهود بشهادتهم شيئا على أحد.

القسم الثانى :

(قانونا) رجوع الشاهد عن شهادته بعد اتمام المرافعة أمام المحكمة لايمحو أثر الجريمة، ولالزوم لاثبات حصول الضرر بالفعل بل ان احتمال حصوله يكفى لتكوين جريمة شهادة الزور. وإذا يطبق على هذا الشاهد احكام المادة (٢٩٤) عقوبات من القانون الحالى. وقد أديت شهادة أمام المحكمة الشرعية ثبت أنها شهادة زور فلم يحكم بمقتضاها. وقد رأت محكمة النقض أن هذه الشهادة كان من شأنها أن تؤدى إلى الطلاق بين الزوجين لو لم يظهر تزويرها ولذا استحق الشاهد العقاب. وقد تقدم أن الشهادة التى تؤدى أمام المحكمة الشرعية إذا كانت زوراً فان الشاهد يعاقب ولو لم يكن حلف اليمين. بل قيل أن الرأى الأصوب يقضى بأن اليمين ليست بشرط فى شهادة الزور، بل شروطها محصورة فى تغيير الحقيقة والقصد السئ واحتمال الضرر. (انظر تعليقات عبدالهادى بك الجندى).

(شرعاً) فقهاء الشريعة يعتبرون كل ماقبل القضاء حالة واحدة فلا يقسمونها إلى قسمين، وإذا تكون الأحكام المذكورة فى القسم الأول ثابتة هنا أيضاً فلا داعى إلى التكرار.

القسم الثالث :

(أ) عقوبة شاهد الزور ثابتة شرعاً وقانوناً كما نقدم.

(ب) تأثير الشهادة فى الحكم. على قول سعيد بن المسيب والأوزاعى ينقض القضاء ويبطل ولو كان المحكوم له قد استوفى الحق لأن الحق ثبت بشهادة الشهود

فاذا رجعوا زال ماثبت به الحكم فنقض الحكم، وقد تقدم الجواب عن هذا فانظره وانظر المغنى. وعلى قول الجمهور ان كان الحكم بالعقوبة كالحدود والقصاص فانه لاينفذ بل يسقط، وأن كان المحكوم به مالاً فلا يبطل الحكم بالرجوع لأن المال المحكوم به صار حقا للمحكوم له بسبب الحكم، وأنا أسقطنا الحكم بالعقوبة فيما سبق لأن الرجوع فيه شبهة كذب الشهادة التى بنى عليها القضاء، والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات، وليست الأموال كذلك فلا يلغى الحكم بالشبهة. وقد نص فى المغنى على أن الشهادة إذا ثبت بعد الحكم أنها شهادة زور بطريق غير الرجوع عنها فان الحكم يكون باطلاً ويلزم نقضه وظاهر كلام الجمهور أن الحكم لاينقض فيما يتعلق بالأموال.

(جـ) وان كان الحكم لاينقض فى الأموال، ولايؤخذ المحكوم به من يد المحكوم له حكم بتضمين الشهود لما أتلفوه وفوتوه على المشهود عليه بشهادتهم التى رجعوا عنها، على مابينا سابقاً.

القسم الرابع :

عقوبة شاهد الزور ثابتة شرعاً وقانوناً على التفصيل المتقدم سواء كان التنفيذ لايمكن تداركه كالاعدام أو يمكن كما فى القضاء بالأموال. ويضمن الشهود الذين رجعوا عن شهادتهم للمشهود عليه مافوتوه إياه بالشهادة سواء أكان ذلك بعد استيفاء المقضى له ماقضى له به أم قبله على القول الصحيح الراجح. وأما فى الرجوع عن الشهادة فى القتل أو القصاص أو ظهور كذب الشهود فاما الدية وإما القصاص على ماقدمناه. وأنظر مانقلناه عن المهذب فيما يثبت به أن شهادة زور.

وهاك ماقاله فى المغنى فى الكلام فى تعزيز شاهد الزور أنه لايفعل ذلك حتى يتحقق أنه شاهد زور، وقد تعمد ذلك أما بإقراره، أو يشهد على رجل بفعل فى الشام فى وقت، ويعلم أن المشهود عليه فى ذلك الوقت فى العراق. أو يشهد بقتل رجل وهو حى. أو أن هذه البهيمة فى يد هذا الشخص منذ ثلاثة أعوام، وسنها أقل

من ذلك. أو يشهد على رجل أنـه فعل شيئا فى وقت وقـد مات قبل ذلك الوقت، أو لم يولد إلا بعـد وأشبـاه ذلك مما يتقـين به كذبه ويعلم تعـمده لذلـك. فأما تـعارض البـينتين أو ظهـور فسـقه أو غلطه فى شـهادته فـلا يؤدب به (أى يعزر) لأن الفـسق لايمنع الصدق، والتعارض لايعلم به كذب إحدى البينتين بعينها، والغلط قد يعرض للصادق والعـدل ولايتعـمده فيـعفى عنه أهـ. وليـلاحظ أن الرجوع عن الشـهادة لم يعتبر دليلاً على التزوير لاحتمال الخطأ والنسيان واشتباه الحال ونحو ذلك.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- لاتتـحق جريمـة شـهادة الزور إلا إذا أصـر الشاهد علـى أقواله الكاذبة حـتى انتهـاء المرافعة فى الدعـوى الأصلية بحيث إذا عـدل الشاهد عن أقـواله الكاذبة قبل انتهاء المرافعة فى الدعوى اعتبرت هذه الأقوال كأن لم تكن.(١)

(١) طعن ١٣٨٨ سنة ٣٩ ق جنائى جلسة ٢٧ / ١٠ / ١٩٦٩ مجموعة المكتب سنة ٢٠ ص ١١٧٢ .

الفصل الثانى عشر

شهادة الحسبة

رأيت إفراد هذا الفصل لشهادة الحسبة وتجميع أحكامها وأحكام دعوى الحسبة فيه ليسهل الأمر على الباحث ومن أراد الاستزادة فله الرجوع إلى المراجع الأصلية المشار إليها بالهوامش.

وسأبدأ بمقدمة يسيرة

ثم الفرع الأول ويتضمن بيان الحق وأقسام الحق وطرق حمايته.

والفرع الثانى يتضمن بيان الحقوق التى ترفع بها الدعوى حسبة « دعوى الحسبة أو الشهادة حسبة».

والفرع الثالث خاص بالتعليق على قانون تنظيم إجراءات الحسبة.

والفرع الرابع إجراءات نظر دعوى الحسبة ومدى سلطة النيابة العامة والمحاكم طبقاً لاحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المعمول بها الآن.

مقدمة

الأقضية جمع قضاء .

والقضاء فصل الأمر قولاً كان أو فعلاً.

والحكم فى الأصل المنع لأجل الإصلاح.

ولما كان القاضى يمنع ظلم الظالم واعتداء المعتدى سمى حاكماً، وسمى القضاء حكما.

وعرفه الفقاء بأنه فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص (١) والمرافعة هى الشكوى وتقديم الخصم إلى الحاكم، يقال رافعه إلى الحاكم أى شكاه وقدمه إليه ليحاكم وكذا رفعه إليه. وترافع الخصمان إلى الحاكم تحاكما، وارتفعا إليه تقدما.

ثم اطلقت المرافعة توسعا على جميع الاجراءات والنظم والأعمال القضائية التى تتخذ لايصال الحقوق إلى أربابها من إحضار الخصوم ومناقشتهم وسماع الدعاوى ودفوعها إلى غير ذلك.

وفى القانون

المرافعات هى مجموع القواعد والأوضاع التى يتم اتباعها فى الدعاوى التى تقام أمام المحاكم فهى قوانين شكلية أى لاتنظر إلا إلى الشكل لا إلى الموضوع على أنها قد تؤثر فى الموضوع فى بعض الأحيان إذا قررت مثلاً سقوط حق إذا لم تتبع إجراءات مخصوصة لحفظه.

وطلب ذى الحق حقه يسمى دعوى.

---

(١) انظر الدورد المحتار

الفرع الأول

الحق وأقسام الحق وطرق حمايته

الحـــق

والحق في اللغة هو الثابت الموجود تقول هذا حقي أي أمر ثابت لي ويطلق على الأمر المقضي والعدل والمال وهو كل ماثبت للإنسان من جهة الشرع وهو أعم من الملك حقَّ الشئ ثبت ووجب وهو أحق بماله أي لاحق لغيره فيه بل هو مختص به من غير شريك.

يقال حَقٌّ على فلان أي شئ موجود في ذمته (١)

وفي القانون الحق هو فائدة يقرها القانون لصالح الأفراد.

ويشمل هذا المعنى حتماً إمكان استعمال القوة القاهرة لإجبار الغير على الاعتراف بالحق أو بلفظ آخر بإمكان الإلتجاء إلى السلطة القضائية للحصول منها على تقرير هذا الحق إذا ما تنوزع فيه أو على إرجاعه إلى صاحبه إذا ما انتهكت حرمته.

وحق الإلتجاء إلى السلطة القضائية للإستعانة بها على تقرير الحق هو الدعوى.

أقسام الحق

وينقسم الحق في عرف الشرع إلى قسمين حق الله وحق العبد.

وأعلم أن الأصوليين يقولون هذا حق الله وهذا حق العبد فحق العبد عبارة عما يسقط بإسقاط العبد كالقصاص وحق الله ما لايسقط بإسقاط العبد كالصلاة والصوم والجهاد وحرمة القتال في الأشهر الحرم وانفاق المال في سبيل الله وحرمة الجماع في الحيض وحرمة القربات بالإيلاء وعدة الطلاق ونحو ذلك. (٢)

---

(١) حاشية نور الأنوار ص ٢١٦).

(٢) (كشاف اصطلاحات الفنون ص ٣٣٠).

حــق الله

فحق الله هو مـايتعلق به النفع العام للعـباد من غيـر أن يكون فى تقريره نظر إلى عبد دون عبد وفى صيانته والمحافظة عليه تزيكة للنفس وكمال الحياة الأخروية وذلك كحـرمة الزنا فإنه يتـعلق به مجموع الـنفع من سلامة الأنسـاب من الإشتباه وصـيانة الأولاد عن الضـياع وارتفـاع التـقاتل بين المتـزاحمـين عن مـوارد قضـاء الشهـوات وكحرمة الدماء لما فى صونها من حياة النفوس.

وجه نسبته إلى الله تعالى

وإنما نسب إلى الله تعـالى لعظم خطره وشمـول نفعـه وإلا فالواقع أن للـه مافى السموات وما فى الأرض لاشريك له فى الملك.

وجوب التضامن فى المحافظة على حقوق الله

ولما كانت حقوق اللـه تعالى إنما تقررت لمصالح العباد وإخلاء الـعالم من الفساد وجب على كل فرد إحياؤها واحترامها وتعهدها بالحفظ والصيانة والوفاء بها والذود عنها.

حق العبد

وحق العبد هو مايتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير.

مايميز كلا من الحقين عن الآخر

ويباح الإنتـفاع بالمال بإذن مالكه لأنه مسـتبد به فله أن يبذله ولايبـاح الزنا بإباحة المرأة ولابإباحة الزوج لأنه ليس لأحدهما تمليك هذه المنفـعة لأحد شرعاً وإنما للزوج حق الإستمتاع المأذون له فيه من قبل الشارع وكما لاتباح الأعراض لاتباح الدماء فلو قال لغيره أقـتلنى فقتله أقتص من القاتل على رواية لأنه قـتل عمداً وفى رواية أخرى عليه الدية لوجود شـبهة الأمر وبالجملة هو مؤاخذ على كل حـال فالإباحة إنما تكون فى الأموال وما فى حكمها ليس غير.

والخلاصة فإن حق العبد هو منحة إلهية منحته الشريعة إياه ليتمتع به فضلاً من الله ونعمة والتزمت الشريعة حمايته ومكنت صاحبه من الدفاع عنه إذا تعرض له متعرض بالأذى والمطالبة به واسترداده إذا سلبه منه سالب. وأوجبت على كل فرد أن يحترم حق غيره ولايمد يده إليه إلا بأذن صاحبه.

وعلى هذا فكل حق خالص للعبد هو أيضا حق لله تعالى من حيث حماية الشريعة له وإلزم سواه باحترامه ومنعه من الإعتداء عليه فيجب على القائم بأمور المسلمين ومن فى ذمتهم وعهدهم صيانة ما هو حق مقرر للإفراد شرعاً وإلا كانت المسئولية عليه بسبب ظلمه أو إهماله (٦) .

ونظير تقسيم الحقوق فى الشريعة الإسلامية إلى حق الله وحق العبد تقسيمها فى

---

(٦) أساس الحقوق عند الفرنسيين العدالة والعدالة أمر موهوم. وعند الألمان أساسها القوة وهو المنطبق على الواقع إذ القوة هى التى تكيف العدالة وتحددها فى نظر القوى الغالب فرأيه فى تقدير العدالة مخالف لرأى الضعيف لا محالة وآراء الأقوياء متفاوتة كل يصور العدالة بحسب قوته ويقدرها كما يشاء هواه ويراه فى منفعته (انظر كتاب الرد على الدهريين للسيد جمال الدين الأفغانى). وأنى بمناسبة هذا أقول إن حقوق الأمم والأفراد فى الشريعة الإسلامية قد حددها الشارع تحديداً تاماً وحماية هذه الحقوق لاتكون إلا بالقوة حتماً (مايزع الله بالسلطان أكثر مايزع بالقرآن) فأساس الحقوق عندنا هو الخطاب الإلهى الأزلى فهو المبين والمحدد لها وسياجها القوة. فالفرق بيننا وبين الألمان ومن نحا نحوهم أن القوة عندنا مهما ازدادت فهى لاتكسبنا حقوقا جديدة ولاتغير عقيدتنا فى فهم الحق وتقديره إذ الحقوق مقررة ثابتة ومعينة على كل حال. ومن أمثلة ذلك حقوق أهل الذمة (لهم مالنا وعليهم ما علينا - أمرنا أن نتركهم ومايدينون) فمهما عظم أمر الإسلام وقويت شوكته وضعف جانب من فى ذمة المسلمين وعهدهم فحقوقهم التى قررها الشارع لهم ثابتة محترمة لايمسها ظلم فإن شاءت القوة أن تطغى عليها وقفت الشريعة العادلة حائلاً دونها حامية لها. ولايعترض على هذا بمخالفة الحكام الظالمين للأمر الإلهى لأننا إنما نتكلم فى أحكام الشريعة نفسها وأفعال هؤلاء المخالفين ليست حجة عليها وإنما هى حجة عليهم وعلى من أعانهم على ذلك الظلم كائنا من كان على أن ظلمهم لم يكن خاصاً بغير المسلمين بل كان عاماً شاملاً للمسلمين وغيرهم بل ربما فإنه على المسلمين أشد وبهم أنكى كما نرى ذلك فى سيرة الحاكم بأمر الله الفاطمى وأضرابه. والشريعة الإسلامية الصريحة الخالصة النقية ضمانة الحقوق فيها لأضعف الضعفاء من الأمم والأفراد ثابت ومحقق لاتبتلع قوة ولايقلب حقيقة تأويل مبنى على الأثرة وحب الذات. (المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم - المرافعات الشرعية).

القوانين الوضعية إلى حقوق عمومية وحقوق شخصية. فالحقوق الشخصية حق المطالبة فيها لأربابها ويجوز لهم التنازل عنها وعدم إقامة الدعوى من الأصل والحقوق العمومية حق المطالبة فيها للنيابة العامة التى تقوم باسم الهيئة الإجتماعية لحماية هذه الحقوق وصيانتها وجبر مايضيع منها بواسطة القضاء فدعاوى النيابة دعاوى حسبة ذات نظام محكم.

الحق المشترك

وهناك حقوق مشتركة وهى قسمان (الأول) ماكان حق الله فيه غالباً كحق القذف (والثانى) ما كان حق العبد فيه غالباً كالقصاص.

فأما حق القذف فإن فيه حق الله تعالى من حيث أنه جزاء لهتك حرمة العفيف الصالح وحق العبد من حيث أنه إزالة عار المقذوف ولكن حق الله غالب ولذا لايجرى فيه الإرث ولاالعفو فإذا مات المقذوف سقط الحق فى إقامة الحد فليس لورثته المطالبة به. ولو عفا عنه المقذوف لايسقط بعفوه على المفتى به لأن العبد انما يسقط مايكون حقا له أو كان حقه فيه غالبا وماليس كذلك فلا يملك اسقاطه. وفى رواية بشر عن أبى يوسف أن حد القذف يسقط بالعفو وقال الشافعى يجرى فيه العفو والإرث تغليباً لحق العبد (٤)

وأما القصاص فإن فيه حق الله تعالى وهو إخلاء العالم من الفساد وحق العبد لوقوع الجناية على نفسه. ولله تعالى فى نفس العبد حق الإستعباد وللعبد فى نفسه حق الاستمتاع ففى شرعية القصاص احياء الحقين. والقصاص فى الأصل جزاء الفعل وأجزيه الأفعال تجب حقاً لله تعالى لأن الآدمى بنيان الرب كما ورد فى الحديث لكن لما كان وجوب القصاص بطريق المماثلة والجبر أن علمنا رجحان حق العبد ولذا يجرى فيه الإرث والعفو والإعتياض بطريق الصلح بالمال كما فى سائر حقوق العباد، غير أن من الحقوق ما لايورث وسيأتى بيان بعضه مجملاً.

---

(٤) (انظر حاشية نور الأنوار وأنظر فتح القدير فى حق القذف).

أقسام حقوق الله

وتنقسم حقوق الله تعالى - بالاستقراء - إلى ثمانية أنواع وقد شرحت شرحاً وافياً فى كتب الأصول وسنذكر هنا تتميما للفائدة خلاصة القول فيها:

(١) عبادات خالصة كالإيمان وفروض الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد.. إلخ واعترض بأن العبادات ليست نفعتها عامة وأجيب بأنها إنما شرعت لحصول الثواب ودفع الكفارات وذات منفعة عامة لكل من له أهلية التكليف (٥)

(٢) عقوبات كاملة كالحدود ويندرج تحتها حد الزنا وشرب الخمر والسرقة لأنها شرعت لصيانة الأنساب والعقول والأموال وفى صيانتها تزكية النفس وإصلاحها وتكميل الحياة الأخروية. ومنها أيضا حد قطاع الطريق لأنه جزاء المحاربة مع الله لمافيه من تهديد أمن عباد الله وإزعاجهم وقد سماه الله فقال جزاء والجزاء المطلق مايجب حقا لله تعالى بمقابلة الفعل.

(٣) عقوبات قاصرة كحرمان القاتل من إرث المقتول فإنه حق لله تعالى إذ لانفع فيه للمقتول ثم إنه عقوبة للقاتل لكونه غرماً لحقه بسبب جناية حيث خرج من الإرث مع وجود علة الاستحقاق وهى القرابة لكنه عقوبة قاصرة من حيث أن القاتل لم يلحقه ألم فى بدنه ولانقصان فى ماله بل امتنع ثبوت ملكه فى تركة المقتول.

(٤) حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة كالكفارات ويندرج تحتها كفارة اليمين والقتل الخطأ والفطر العمد فى رمضان والظهار. إنما سميت كفارات لأنها تكفر الذنوب أى تسترها (٦) أما كونها فى معنى العبادة فلأنها تؤدى بما هو محض العبادة وهو الصوم والإعتاق والإطعام والكسوة. وأما كونه فى معنى العقوبة فلأنها وجبت أجزية مع أفعال محرمة وهى الحنث فى اليمين والقتل الخطأ جزاء التقصير لعظم خطر الدم والجناية عن صوم الفرض وانتهاك حرمة الشهر ولأن الظهار منكر من

---

(٥) أنظر حواشى التوضيح والتلويح.

(٦) وقد سمى الليل كافر لأنه ساتر ويقال للفلاح كافر لأنه يكفر الحب أى يستره فى الأرض.

القول وزور كما سماه الله تعالى.

(٥) عبادة فيهـا معنى المؤنة كصدقة الفطر فإنها فى أصلها عـبادة ملحقة بالزكاه ولذا شرط لها ملك النصاب لكن فيهـا معنى المؤنة لأنه تجب على الانسان عمن يعوله ويلى عليه كأولاده الصغار الفقراء كما تجب عليه فى حق نفسه.

(٦) مؤنة فيها معنى العبادة كالعشر فإنه فى نفسه مؤنة للأرض التى يزرعها ولكن فيه معنى العبـادة لأنه يصرف فى مصارف الزكـاه ولايجب إلا على المسلم. وللإمام أن يتقاضى ضريبة العشر جبراً إذا امتنع من وجبت عليه من الأداء.

(٧) مؤنة فيها مـعنى العقوبة كالخراج فإنه فى نفسه مؤنة للأرض كـالعشر ولكن فيه معنى العقوبة لإنصراف الزراع عن الجهاد بسبب الإشغال بزراعتهم (٧)

(٨) حق قائم بنفسه كخمس الغنائم والمعادن.

تقسيم الحقوق من حيث دخولها تحت القضاء

وتنقسم الحقـوق من حيث دخولها تحت القـضاء إلى قسمين مـايدخل منها تحت القضاء ومالا يدخل تحت القضاء.

والقسم الأول ينـقسم إلى قسـمين ماتقـبل فيـه الشهادة حسبة ومـالا تقبل فـيه الشهادة حسبة بل لابـد من دعوى صاحب الحق نفسه ولو بطريق الإنابة وبدون ذلك لا تسمع الدعوى.

فأما ما يدخل تحت القضاء ولاتسمع فيه الدعوى حسبة فإنه يندرج تحته ثلاثة أشياء:

(الأول) حقوق العباد جميعها لأن الحق ملك صاحبه فله وحده الخيار فى المطالبة به.

(الثانى) ما اجتمع فيه الحقان سواء أكان حق الله غالباً كحد القذف أم كان حق العبد

---

(٧) وعليه فلو قـيل أن كل أفراد الأمة وجـماعاتهـا متضـامنون فى حفظ كـيانها والقـيام بحاجـاتها والذود عن مصالحها ودفع الأذى عنها وتوفـير الرفاهية لها فكل طائفة تقوم بعمل جزئى يعود بالمـنفعة على الجميع فالزارع يزرع الأرض وفى الزراعة فوائد لاتحـصى ويعطى ضريبة لتنفق على من تفرغـوا لصيانته وصيـانة زرعه وأرضه ومن وقفوا أنفسهم للدفاع عن الوطن داخلاً وخارجاً وقاموا بكل مايلزم له من الخدمة النافعة وهكذا لو قيل هذا لكان حسناً (الإمام الشيخ أحمد إبراهيم - أحكام العبادات)

غالباً كحق القصاص فأما القصاص فلابد فيه من دعوى المقتول قبل موته أو دعوى وليه بعد موته وذلك لغلبه حقه وأما حد القذف فلأن المقذوف ربما يؤذيه إقامة الدعوى من غيره ويرى مصلحته السكوت لأسباب هو أدرى بها لذلك ترك الشارع حق إقامة الدعوى له ولم يزعجه بقبول الشهادة عن قذفه حسبة غير أنه إذا اختار رفع الدعوى وبعد ماثبت القذف عند الحاكم عفا عن القاذف فلا يصح عفوه كما تقدم.

(الثالث) حد السرقة هو من الحدود الخالصة لله تعالى ولكن لابد من دعوى المسروق منه أو نائبه وذلك لأن المطلوب فى دعوى السرقة شيئان المال المسروق وهو حق خالص للعبد وإقامة الحد وهو حق خالص لله تعالى والثانى منهما متوقف على الأول فلا سبيل إليه إلا بطلب المسروق منه ماله وماله حقه فله أن يطالب به وله أن يتركه لذلك توقفت إقامة الحد فى دعوى السرقة عن طلب المسروق منه ولم تقبل فيها الشهادة حسبة (٨) .

وأما مايدخل تحت القضاء وتسمع فيه الشهادة حسبة فطائفة من حقوق الله تعالى ستأتى مفصلة ومنها الحدود وهذا القسم تسمع فيه الشهادة حسبة من كل أحد كما سيأتى بيانه.

وأما مالايدخل تحت القضاء من حقوق الله تعالى فهو العبادات الخالصة، ومافيه معنى العبادة، وذلك لأن العبادة لاتكون إلا عن نية واختيار صحيح حتى يتصور فيها

---

(٨) هذا وقد اعتبر ابن الفرس رحمه الله فى كتابه الفواكه البدرية حد السرقة مما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب وسوى بينه وبين حد القذف حيث قال فى ص ٢٤، أعلم أن المحكوم به أقسام أربعة حق الله المحض وحق العبد المحض وما فيه الحقان وحق الله غالب ومافيه الحقان وحق العبد غالب فالأول كحد الزنا والخمر والثانى غنى عن التمثيل والثالث كحد القذف والسرقة والرابع كالقصاص والتعزير على انتهاك حرمة المسلم بالشتم وقد نقله عنه فى رد المحتار فى أول كتاب القضاء ص ٣١٠ جزء رابع بدون تعليق عليه. وهذا خطأ بين فإن حد القذف مطلوب لله تعالى ومطلوب للعبد فالحقان فيه تواردا على محل واحد وأما حد السرقة فهو له وحده وليس للعبد إلا المطالبة بماله المسروق فالحقان لم يتواردا على محل واحد فكيف يسوى بين الحدين.
يوضحه ما سيأتى فى شروط أداء الشهادة من أن عدم التقادم شرط فى قبول الشهادة على مايوجب الحد إلا حد القذف فإن الشهادة تقبل عليه مع التقادم بخلاف السرقة فإن الشهادة عليها مع التقادم توجب المال وتسقط الحد، وأنظر البداية فى الشهادة عن الزنا فقد صرحت بمثل هذا القول).

الطاعة الخالصة فإذا دخلت تحت القضاء فات المعنى المقصود منها ولم تكن عبادة على أن التنفيذ فيها يكاد يكون متعذرا لتجددها كل وقت بتجدد أسبابها وباب القضاء فيها مفتوح مدة العمر كله إذا فات الأداء تيسيراً من الله تعالى ورحمة بعباده ولئن أمكن التعزيز على الترك لايمكن الإجبار على الفعل. ونظير هذا أنه ليس كل مايحظره علم الأخلاق يدخل تحت القضاء كالكذب وبعض الأمور التى تحط من المروءة ولاتنضبط وذلك ليكون للإنسان رادع من نفسه حتى يكون التأثير أبلغ ووقعه فى النفس أشد فمن ترك الكذب لشعوره بأنه نقيضه لاتليق بمثله وأن كرامته تأبى عليه أن يتدنس بمثل هذه الرذيلة الممقوتة كان أقرب إلى الصلاح والكمال ممن تركه خوف عقوبة نص عليها القانون كذلك تارك الصلاة (مثلا) لو حكم عليه بأن يؤدى الصلوات فى أوقاتها وشدد عليه فى ذلك وروقب أشد المراقبة فإنه إذا صلى على هذه الصورة كانت صلاته بمعزل عن العبادة التى شرعت لاصلاح النفوس وتزكيتها. من أجل ذلك تركت الصلاة وأمثالها لاختيار العبد ابتلاء واختباراً وتمريناً على أن يأتى بالطاعة من تلقاء نفسه ليتحقق فيه معنى العبودية لله تعالى وبدون ذلك لاتصل النفس إلى كمالها وسعادته. على أن للإمام أن يعمل كل مافى المصلحة للمحافظة على حقوق الله تعالى التى لاتدخل تحت القضاء لأنه بمنزلة الوصى على المسلمين يسوقهم الى مافيه خيرهم وصلاحهم.

ومما يناسب ذكره هنا ما أورده الإمام الحطاب المالكى فى كتابه (تحرير الكلام فى مسائل الإلتزام) قال: النذر المطلق إن كان لمعين قضى به وإن كان لغير معين لم يقضى به على المشهور ولكن يؤمر به ولايجبر. وليس عدم الجبر لأنه لايجب عليه بل هو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى وإنما لم يقض عليه وإن كان آثماً فى الامتناع من الوفاء بالنذر لأنه لا أجر له فى الحكم عليه وهو كاره وأما إن كان المنذر لمعين فله مطالب معين من جهة العباد فيقضى له إذا طلبه (٩)

والقول هنا فى أن لا أجر له فى الحكم وهو كاره فإن كل ما وجب من طريق

(٩) أنظر فتاوى الشيخ عليش ص ٢٠٨ - ٢٠٩- جزء أول

الديانة عن جهد التعبد الغرض منه اختبار العبد أيطيع أم لا ليكون الثواب على اختياره وحسن طاعته فاذا وجدت الكراهة فات الثواب لفوات شرطه. ومن هنا يظهر لك معنى قولهم يجب ديانة لاقضاء فهو على مثال يجب أخلاقياً ولايجب قانوناً.

تقاسم أخرى للحقوق

وتنقسم الحقوق إلى تقاسيم أخرى غير ماتقدم

كتقسيمها إلى حقوق جبرية وحقوق كسبية فالحقوق الجبرية هى ما قررته الشريعة للأفراد بدون تصرف اختيارى منهم بل منحتهم إياه منحاً كحق ولاية الأب على أولاده الصغار وحق الملك بسبب الإرث. والحقوق الكسبية مايقرره الأفراد بعضهم على بعض اختياراً بواسطة التعاقد كولاية الوكيل على التصرف فى مال موكله ونقل الملك بسبب البيع. والشريعة تحتم الوفاء بهذه الحقوق وصيانتها متى كانت العقود والتعهدات المتولدة عنها متوفر شرائطها الشرعية فالعباد يباشرون الأسباب والشريعة ترتب عليها مسبباتها. وكتقسيمها إلى حقوق وجودية وحقوق عدمية والحق أو الأمر الوجودى كأن نقول هذا المال لى وهو فى يد (فلان) بغير حق وأريد أن يسلمه لى، أى يطلب حقا له عند غيره. أما الحق العدمى كأن نقول أن هذه الأرض فى يدى وهذه البينة تشهد لى بها (وفلان) يدعى انها له ولابينه له على مدعاه ويريد أخذها منى بدون حق وأطلب أمره ألا يتعرض لى، أى يطلب عدم تعرض الغير له.

وإلى ما يسقط بالإسقاط كحق الشفعة (٩) وخيارات البيع. ومالا يسقط كحق الميراث

---

(٩) الحقوق القابلة للسقوط بالاسقاط يشترط لسقوطها أن تكون متحققة فى حيز الوجود قبل إسقاطها، أما قبل وجودها وتحققها فلا يؤثر فيها الاسقاط لأنها معدومة وإعدام المعدوم لايتصور وذو الحق المسقط إنما يسقط ما هو حقه ولايكون حقا له إلا بعد تحقق وجوده فلو أسقط حق الشفعة قبل البيع فله أن يطالب به بعد البيع لأن إسقاطه فى حكم العدم، والقانون فى هذا موافق لما قاله الفقهاء».

والحقوق الأكيدة من شروط الواقفين (١٠) .

ومنها مايورث كحق القصاص وخيار العيب وخيار التعيين ومالايورث كحق الشفعة وخيار الرؤية وحد القذف.

ومنها مايلزم قضاء وديانته كحق الملك بأسبابه المشروعة

ومايلزم ديانة فقط لاقضاء كحق الزوج على زوجته فى خدمة المنزل والقيام بشئونه.

ومنها مايلزم قضاء ويقبح ديانة كبدل الخلع فى بعض صوره.

الطرق التى يتوصل بها الانسان إلى حقه

ووصول الإنسان إلى حقه يكون بأحد أمور أربعة:

(أ) القوة المادية أو الحيلة بأن ينتزعه ويسترده ممن استحوذ عليه أو منع اياه إما بنفسه فقط أو بمعاونة غيره. أو يدفع من يريد الإعتداء على نفسه أو ماله أو عرضه ولو بإزهاق نفس المعتدى. أو يستعين على ذلك بذى قوة من رجال الشرطة أو غيرهم. وكالقوة المادية فى ذلك الحيلة فيأخذ بها حقه أو يدفع بها الشر عن نفسه أو ماله.

(ب) قضاء القاضى ذى الولاية العامة فيدفع القاضى بماله من الولاية العامة اعتداء

---

(١٠) أنظر كتاب الأشباه والنظائر مع حاشية الحموى فى القسم الثالث ففيه سياق وافى لما يسقط به الحقوق بالإسقاط ومالا يسقط ص١٦٠ جزء ثان.

وهنا فائدة لابد من ذكرها قال خير الدين الرملى: إذا سقط حق الآدمى بالعفو (أى كعفو ولى الدم عن القصاص مثلاً) فهل يعزر من عليه الحق لانتهاك الحرمة؟ فيه اختلاف والمختار أنه لايسقط تعزيزه اغلاقاً لباب الجرأة على الله تعالى أنظر صفحة (٥٠) من نزهة النواظر على الأشباه والنظائر. وانظر ما كانت عليه طريقة محاكمة القاتل فى بلاد الدولة العثمانية فإنه جمع فيها بين الدعوى العمومية فى المحاكم النظامية والدعوى الشخصية من ولى الدم فى المحاكم الشرعية وقد بين سير الإجراءات فى ذلك من أولها إلى آخرها فى كتاب شرح قانون المحاكمات الجزائية لسليم أفندى باز وإنه فى ذلك إقامة لحق الله تعالى ومنعاً لانتهاك حرمته واخلاء للعالم من الفساد وصيانة لحق ولى الدم وهو نظام مبنى على الاحتياط ورعاية كل ماجاء به الشرع).

المعتدى أو يرد الحق إلى صاحبه إن كان فى حوزة المدعى عليه وحال بين المدعى والوصول إليه أو يضمنه قيمته أو مثله على ما هو مقرر فى مواضعه.

(ج) حكم المحكم وهو القاضى ذو الولاية الخاصة الذى يختاره المتنازعان لحسم النزاع بينهما ويرضيان حكومته.

(د) الصلح مع خصمه بدون قضاء أو تحكيم.

هذه هى الطرق التى يتوصل بها الإنسان إلى حقه.

فأما القضاء فلإنه ليس بمجرد الدعوى يعطى القاضى طالب الحق مايطلبه بل لابد من إقامة الحجة على ماادعاه وكذلك التحكيم له شروطه وللصلح شروط قررها الشارع ليكون صلحاً صحيحاً مقيداً.

وبالنسبة إلى وصول الانسان إلى حقه وحمايته استخلاصا ودفعا بالقوة. فإن كل انسان مدفوع بطبيعته الى ارتجاع حقه اذا ماستلبه منه سالب والدفاع عنه أن استقر اعتداء معتد عليه. فلو ترك الإنسان يستخلص حقه بنفسه مع ما غرس فى النفوس البشرية من المطامع التى لاتدين بالوقوف عند حد، والظلم الذى تصوره القوة حقاً سائغاً هنيئاً لم يكن إلا الفوضى وفساد الكون.

إلى حقه ولم تكل إلى الإنسان أخذ حقه بنفسه أو دفع الأذى عنه بقوته ما استطاع إلى سلوك الطرق المرسومة له سبيلاً. ولم تقره على استعمال حقه الطبيعى فى الدفاع عن نفسه وماله وعرضه إلا إذا اضطر إلى ذلك اضطراراً ولم يجد فرصة تمكنه من الاحتماء بالقضاء أو الإلتجاء إلى قوة السلطات والإستعانة بها.

هنالك أباحت له الشريعة العادلة أن يسير فى سنة الطبيعة وأن يدفع الشر بالشر مادام لم يجد مندوحة عن ذلك. وثم ظروف اعتبرتها الشريعة مسقطة للمسئولية أو مخففة لها، كما سوغت للإنسان أخذ حقه الثابت إذا وجده بعينه وظفر به بدون إضرار بغيره إذ من المقرر شرعاً أنه لاضرر ولاضرار (١١).

---

(١١) أنظر البابين الثانى والثالث من الفتاوى الهندية ص ٣١٣ ومابعدها.

الفرع الثانى

الحقوق التى ترفع به الدعوى حسبة والكلام فى الدعوى حسبة أو الشهادة حسبة

معنى الحسبة الأجر والثواب وهى اسم من الإحتساب تقول احتسب عند الله خيراً أى قدم فيما يدخر له يوم ينظر المرء ماقدمت يداه، وجمعها حسب. فالشاهد حسبة يقصد بشهادته الأجر وامتثال أمر الله تعالى فى إزالة المنكر الذى هو من آكدْ الفروض علينا لما يترتب عليه من صلاح المعاش والمعاد. فمن أخلص فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ورفق واستعمل الحزم وحكم العقل وراقب فى عمله من لا تخفى عليه خافية فقد قام بأعظم واجب دينى وإنسانى يعود بالخير العميم والنفع العظيم على المجتمع الإنسانى كله (١)

وشهادة الحسبة إنما تكون فى حقوق الله تعالى. وهذه الحقوق يجب على كل إنسان المحافظة عليها والدفاع عنها وليعلم أنه نائب عن صاحب الحق فيها وأن منفعتها إنما تعود على الشاهد وبنى جنسه جميعا وأن الله غنى عن العالمين. فمن رأى رجلا يعيش مع امرأة عيشة الأزواج بعد أن طلقها ثلاثا (مثلا) وجب عليه أن

---

(١) ولله در الإمام ابن القيم فقد نطق بالحق حيث يقول

إنكار المنكر أربع درجات للأولى، أن يزول ويخلفه ضده (الثانية) أن يقل وإن لم يزل بجملته (الثالثة) أن يخلفه ما هو مثله (الرابع) أن يخلفه ما هو شر منه فالدرجتان الأوليان مشروعتان والثالثة موضع اجتهاد والرابعة محرمة ثم ضرب لذلك الأمثال (أنظر ص١٥ من الجزء الثانى من اعلام الموقعين) فإذا أدى السعى فى رفع منكر إلى حصول ما هو أشد منه وجب الكف عنه وعلى ذلك فكل فعل يراه بعض المجتهدين جائزاً ويراه جمهورهم غير جائز إذا كان لا مندوحة من إيقاعه حتماً سواء قلنا للفاعل أنه جائز أو غير جائز وكأنه لو فعله لا نستطيع منعه عنه فإما نترك الفاعل وشأنه، ونقيسه بالجواز ارتكابا لأخف الضررين إن كان فى الأخذ بأقوال بعض المجتهدين التى خالف بها أكثرهم ضرر وبالجملة فهذا أمر تعوزه الحكمة والتدبر فى العواقب والله ولى الهداية والتوفيق.

يرفع الأمر إلى القاضى ويطلب التفريق بينهما ويشهد عنده بما رأى. فالمدعى حسبة يكون شاهدا حسبة بما يدعيه فهو قائم بالخصومة من جهة وجوب ذلك عليه وشاهد من جهة التحمل لكن غلب عليه اطلاق شاهد الحسبة دون مدعى الحسبة وهو فى الحقيقة مدع وشاهد باعتبارين فلاتناقض لانفكاك الجهة (٢)

والأشياء التى تقبل فيها الشهادة حسبة كثيرة وضابطها أنه كل ما كان حقاً خالصاً لله تعالى قبلت فيه الشهادة حسبة ومن المعلوم أن التحليل والتحريم حق خالص لله تعالى وقد عد منها فى الأشباه أربع عشرة مسألة فى موضع واحد (ص ٣٩٣ - ٣٩٤) ونقلها عنه فى رد المحتار فى كتاب الوقف (ص ٤١٤) وهى فى الحقيقة أكثر من أربع عشرة كما يؤخذ من الأشباه فى موضعين آخرين (ص ٣٥٨ - ٣٥٩) و(ص ٣٨٣ - ٣٨٦) ورد المحتار فى الوقف والرضاع.

وهذه هى المسائل الأربع عشرة: الوقف وطلاق الزوجة وتعليق طلاقها وعتق الأمة وتدبيرها والخلع وهلال رمضان والنسب وحد الزنا وحد الشرب والإيلاء والظهار وحرمة المصاهرة ودعوى نسب العبد أى دعوى المولى نسب عبده فى غير مجلس القاضى فإذا قصدا بذلك فى مجلس القاضى قبلت الشهادة حسبة ويزاد على ذلك الرضاع والنكاح وعتق العبد وتدبيره وجرح الشاهد حسبة وكذا تقبل الشهادة حسبة فى كل مايوجب التعزيز ويكون حقاً لله تعالى (حموى ص ٣٨٦). وفى بعض ماتقدم خلاف بين الإمام أبى حنيفة وصاحبيه وبعضه متفق على قبول الشهادة فيه حسبة ولنذكر ذلك على التفصيل لأجل الفائدة.

الشهادة بلا دعوى مقبولة فى حقوق الله تعالى لأن القاضى يكون نائباً عن الله تعالى فتكون الشهادة على خصم فتقبل. وغير مقبولة فى حقوق العبد وهذا أصل

---

(٢) قال فى فتح القدير ص ٥٥ جزء سادس فى باب الاختلاف فى الشهادة وإنما قيد الاشراط بحقوق العباد احترازا فإن دعوى مدع خاص غير الشاهد ليست بشرط لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به فى اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكأنه قائما بالخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهداً من جهة تحمل ذلك.

متفق عليه ففى الحقوق المملوكة للعباد كحق الشفعة وملك العين لاتقبل الشهادة حسبة بل تتوقف على دعوى صاحب الحق بنفسه أو بنائبه واستدعائه الشاهد للشهادة بخلاف حقوق الله تعالى فإن الشهادة بها تقبل بدون الدعوى كالشهادة على الطلاق بدون طلب المطلقة احتسابا وطلبا للأجر لا لإيجاب مديح ومن الأشياء المتقدمة ما اختلف فيه نظر الإمام وصاحبيه هل الغالب فيه حق الله فتسمع الشهادة حسبة أم حق العبد فتتوقف على الدعوى فالأصل متفق عليه وإنما الاختلاف فى التطبيق وإرجاع المسائل إليه.

(١-٤) ماتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى عند الكل أربع مسائل عتق الأمة والطلاق والخلع والنكاح (٣) فالشهادة بطلاق المرأة وعتق الأمة شهادة بحرمة الاستمتاع والتحريم حق خالص لله تعالى بلا خلاف وكذا الشهادة بحرية امرأة اشتبه فى أنها أمة. وأما الزواج فأنه يثبت بدون الدعوى كالطلاق لأن حل الاستمتاع والحرمة فيه حق لله تعالى. ومن صور ذلك ما إذا أراد ابن تزوج من تزوجها أبوه جاهلا بزواجه إياها فللشهود الشهادة بزواج أبيه من غير دعوى لحرمتها على ابن الزوج وذلك خالص حق الله تعالى.

هذه هى المسائل الأربع المتفق على قبول الشهادة فيها حسبة ولنذكر سائرها.

(٥) الوقف إن كان على قوم باعيانهم لاتقبل فيه البينة بدون الدعوى عند الكل وإن كانت على الفقراء أو على المسجد فعند أبى يوسف ومحمد تقبل وعند الإمام لاتقبل. وهذا التفصيل هو المختار. والمراد بالشهادة على الوقف الشهادة عليه أصلا دون شرائطه (٤)

---

(٣) (أنظر تقرير الرافعى ص ٩٠ جزء ثان فيما يتعلق بالنكاح)

(٤) (حموى ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٩٣) الوقف إن كان على الفقراء أو المسجد فى الحال والمآل قبلت الشهادة عليه حسبة لأنه حق الله تعالى. وأن كان عن قوم باعيانهم فى المال فمآله الفقراء لامحالة فهل تقبل عليه الشهادة حسبة باعتبار المال أم لابد فيه من دعوى المستحقين باعتبار الحال قال فى الخانية ينبغى ألا تقبل فيه البينة بدون الدعوى فى هذه الحالة وقال ابن وهبان إن الشهادة حسبة تقبل فى حق الفقراء باعتبار المآل. ولاحاجة إلى التفصيل الذى فصله =

(٦) تعليق الطلاق: ذكره فى الأشباه ص ٣٩٣ وقال الحموى أن ابن وهبان لم يذكره.

(٧) تدبير الأمة: فيه خلاف كالشهادة على العتق ولاموجب الآن لبحث هذا الخلاف بعد أن لم يعد هناك عبيد أو إماء.

(٨) هلال رمضان: شهادة هلال رمضان بدون الدعوى تقبل عندهما وينبغى أن تشترط الدعوى عند أبى حنيفة وقيل يشترط لفظ الشهادة وقيل لا. وفى هلال الفطر ينبغى أن تشترط الدعوى ولفظ الشهادة (لأنه تعلق به نفع العباد وهو الفطر فأنه من سائر حقوقهم) وفى هلال الأضحى اختلاف لأنه اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد فقاسه بعضهم على رمضان وبعضهم على هلال الفطر.

وينبغى ألا يشترط حكم القاضى بدخول رمضان بل يكفى أن يأمر الناس بالصوم وكذا الخروج الى المصلى للعيد (٥).

(٩-١٠) النسب ودعوى نسب العبد : تقبل الشهادة على النسب من غير دعوى لأن النسب يتضمن حرمات كلها حرمات لله تعالى حرمه البضع وحرمة الأمومة والأبوة. وقيل لا تقبل من غير خصم، كما قام الخلاف أيضا على قبول الشهادة على دعوى المولى نسب عبده من غير دعوى . (٦)

= قاضيخان فرد عليه بأن التفصيل لابد منه لأن النية إذا قامت بأن هذا وقف يستحقه قوم بأعيانهم فلابد فيه من الدعوى لثبوت استحقاقهم بخلاف ماإذا قامت عليه أنه وقف على الفقراء أو المسجد أو نحو ذلك ووفق صاحب التنوير بقبولها مطلقا لاثبات أصل الوقف باعتبار المآل وباشتراط الدعوى إذا كان المراد ثبوت الاستحقاق وهو توفيق حسن والحاصل أن الوقف من حيث هو حق الله تعالى لأنه تصدق بالمنفعة فلا تشترط له الدعوى لكن إذا كان أوله على معين وأريد اثبات استحقاقه اشترط له الدعوى وأن ثبت أصل الوقف بدونها. وعلى ذلك لو سقطت دعوى المدعى لسبب مافذلك لا يؤثر فى قبول الشهادة حسبة على أصل الوقف وكذا لو خالفت الشهادة الدعوى ملخصا من الدر ورد المحتار (ص ٤١٤ ثالث ومثله فى حاشية الحموى على الأشباه (ص ٣٨٣ - ٣٨٤).

(٥) أنظر تقرير الرافعى ص٩٠٠ جزء ثان والحموى الأشباه ص٣٨٤- ٣٨٥

(٦) جامع الفصولين ص ١٦٩ - ١٧٠ جزء أول أنظر الحموى ص ٣٨٤ ورد المحتار فى كتاب الصوم ومعين الحكام ص ١٣١.

(١١ - ١٢) حد اللزنا وحد الشرب : كلاهما حق خالص لله تعالى فتقبل فيه الشهادة حسبة ولا تحليف فيهما إذا أنكر المدعى عليه ولم تستوف الشهادة شروطها لأن الحدود تدرأ بالشبهات. وأما حد السرقة وحد القذف فلابد فى كل واحد منهما من سبق الدعوى من المسروق والمقذوف ولا تحليف فيهما أيضا إلا على المال المسروق فقط (٧).

(١٣-١٤-١٥) الإيلاء والظهار وحرمة المصاهرة : فى الشهادة بحرمة المصاهرة والإيلاء والظهار يشترط أن يكون المشهود عليه حاضراً وبعضهم قال لا تقبل بدون الدعوى (٨)

(١٦) الرضاع : يمكن إلحاقه بحرمة المصاهرة. الرضاع حجته حجة المال وهى شهادة عدلين أو عدل وامرأتين لكن لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى لتضمن الشهادة إبطال حق العبد وهو حل التمتع فلابد من القضاء. وهل يتوقف ثبوته على دعوى المرأة؟ الظاهر لا لتضمنها حرمة البضع وهى من حقوقه تعالى. (٩)

(١٧-١٨) عتق العبد وتدبير العبد : فيه خلاف ولا موجب الآن لبحث هذا الخلاف.

(١٩) تجريح الشاهد حسبة : وهل يقبل تجريح الشاهد حسبة ؟ الظاهر نعم لكونه حقاً لله تعالى. يحتمل لفظ حسبة أن يكون تميزا عن الشاهد وعن تحريج فإن كان الثانى كان المعنى أن المجرح يفعل ذلك حسبة لله تعالى. أقول وإن كان فهو خارج عن موضوعنا هنا ويكون التجريح من المشهود عليه وهو مقبول بشروط (١٠)

توجه اليمين فى دعوى الحسبة

هذا والمقرر فى حكم الدعوى أن المدعى عليه إذا أنكر وعجز المدعى عن البينة أو

---

(٧) الأشباه ص٣٥٨، ٣٨٤، ٣٩٣

(٨) الحموى ص٣٨٥.

(٩) التنوير والدر ورد المحتار فى باب الرضاع.

(١٠) راجع الجرح والتعديل فى باب الشهادة، والأشباه أخد به تعليلاً واستظهاره مبنى على ما أخذه من كلامهم لا عن نقل صريح.

ردت بينته لسبب من الأسباب كان له حق توجيه اليمين إلى المدعى عليه بواسطة القاضى رجاء النكول وأنه ليس للقاضى أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه.

ولكن فى المواضع التى تقبل فيها الشهادة حسبة ويجوز فيها توجيه اليمين إلى المدعى عليه للقاضى أن يوجه إليه اليمين عن طريق الحسبة ذلك أن شاهد الحسبة لا حق له فى هذا الطلب كما هو ظاهر وإنما وظيفته الشهادة لا غير وعلى القاضى الواجب فى المحافظة على حقوق الله تعالى بالطريق الذى شرعه الشرع وأراه الله إياه.

فقد صرح الفقهاء أن للقاضى أن يحلف فى حقوق الله تعالى بدون دعوى (١١) ولو كان فى دعوى الحسبة مدع أصلى كأن تدعى امرأة أن زوجها طلقها طلاقاً ثلاثاً (مثلا) وعجزت عن إثبات ذلك بالبينة كان لها الحق فى توجيه اليمين إلى زوجها رجاء النكول لأجل التوصل إلى حقها وهو خلوص عصمتها لها وعودة الحقوق التى سلبها الزواج إياها وفك قيوده عنها وإذا لم تطلب من القاضى توجيه اليمين فهل له أن يوجه اليمين إلى المدعى عليه من تلقاء نفه محافظة على حقوق الله تعالى ؟ الظاهر نعم وهو ما يؤخذ مما تقدم من كلامهم لأن المرأة إذا عجزت عن إثبات حقها أو كانت قادرة وتركته لسبب مافالقاضى لايترك حق الله تعالى وإلا كان آثما.

تأخير شهادة الحسبة

واعلم أن شاهد الحسبة إذا أخر شهادته بلا عذر يفسق ولاتقبل شهادته نصوا عليه فى الحدود وطلاق الزوجة وعتق الأمة وظاهر مافى الفقه أنه فى الكل (١٢)

ومن الأعذار البعد عن المحاكم ومرض الشاهد وخوفه. ويشترط لتحقق فسق هذا الشاهد أن يكون عالماً بوجود المنكر وهو ساكت أما إذا كان جاهلا به وعلم بعد

---

(١١) أنظر التكملة ص٣٠٨، الفتاوى الهندية جزء خامس ص١٤

(١٢) الظهيرية الرسالة الخامسة والعشرين من رسائله المطبوعة فى الأستانة ص ٧٨ - ٧٩ وفيها نقول تؤيد ما استظهره من أن كل شاهد حسبة أخر بلا عذر لم تقبل شهادته.

ذلك فشـهد، فـشهادته مـقبـولة لعدم الفسـق إذ لاقدرة على الشهـادة بدون العلم بما يشهد به والقدرة شرط التكليف فطلب الأداء إنما يتوجه إليه إذا علم.

ومثـل تأخيـر الشهـادة لعذر تأخـرها لتأويل كـما لو شـهدوا عن المشـترى بـعد معاينتـهم بناء الأرض المشتراة أنها مسـجد لانهم ربما تأولوا مذهب محـمد أنه يجوز بيع المسجد إذا خرب (١٣) .

هل يعتبر شاهد الحسبة مدع

قال فى الأشبـاه (ص٣٩٤) لنا شاهد حسبة فى أربـعة عشر موضـعاً وليس لنا مدع حسبة إلا فى دعـوى الموقوف عليه أصل الوقف فإنها تسمع عند الـبعض والفتوى على أنهـا لاتسمع الدعـوى إلا من المتـولى الوقف فـإذا كان الموقـوف عليـه لاتسمع دعـواه فالأجنبى بالأولى. وظاهر كلامهم أنها لاتسمع من غير الموقوف عليه اتفاقاً (١٤) .

وقد تقدم آنفـا أن الشاهد حسبـة لابد أن يدعى مايشهد به إن لم يكن مـدع غيره فيكون مدعيا كما يكون شاهـداً فكيف يستقيم هذا مع قول ابن نجيم «وليس لنا مدع حسبة الذى أجـاب عن هذا العلامة ابن عابدين بجوابين (الاول) أنه لايسـمى مدعياً - أى فى هذه الأربعة عشر موضعـاً بخلاف دعوى أصل الوقت على القول المرجوح فإنه يسـمى فيهـا مدعيا وفي غـيرها شاهدا- (الثـانى) أن مدعى الحسـبة لايحلف له الخصم عند عدم البينة فلا يتحقق بدون الشهادة فليس له فى الدعوى إلا أداء الشهادة بخلاف غيره من المدعين وانظر ماقدمناه فى تحليف المدعى عليه حسبة.

والمقرر فى باب الشـهادة فى فصـل موافقة الـشهادة للدعـوى أنه لايضر مخـالفة الشهادة للدعوى فى حقوق الله تعالى.

التوكيل فى دعوى الحسبة

هل يجوز لشاهد الحسبة أن يوكل عنه وكيلاً فى دعوى الحسبة؟

---

(١٣) النظر تقرير الرافعى ص٩١ ثان، وليقس على هذا المثال غيره من المسائل الخلافية

(١٤) راجع الإمام الشيخ أحمد ابراهيم المرافعات، الخصم فى دعوى الوقف ففيه الموضوع مستوفى.

الذى يظهر مما سبق أنه لايجوز له ذلك لسببين:

(الأول) أنه فى الحقيقة شاهد وليس مدعياً فلا معنى لتوكيله من ينوب عنه فى الدعوى.

(الثانى) أن معنى التوكيل تسليط غيرك على أن يتصرف فيما من حقك التصرف فيه فهو منك يستمد هذا الحق بسبب التوكيل الذى لولاه لكان مقيداً عنه يوضحه أن التوكيل من الإطلاقات كما هو معلوم والمشهود به حسبة هو من حقوق الله تعالى وصورة هذه الحقوق والدفاع عنها واجب على الناس كلهم على السواء فكل واحد خصم فيها وليس أحد أولى بها من أحد فلا معنى إذا لأن توكل شخصا فى أمر يملكه هو لا من قبلك، كما تملكه أنت تماماً أليس هذا تحصيل حاصل.

وليس أمام الشاهد حسبة إذا كان لايستطيع الحضور أمام القضاء إلا طريق واحد وهو تحميل غيره الشهادة وهذا هو الذى يملكه الشاهد فتكون المسألة من باب الشهادة على الشهادة فإذا توفرت الشروط صح اداؤه الشهادة عن شاهد الحسبة لا على أنه وكيل بل على أنه شاهد فرع وشاهد الحسبة شاهل أصل.

والمقرر أن الوكالة لاتنصرف إلا إلى المعنى المصطلح عليه ولها شروط غير شروط الشهادة على الشهادة.

والحاصل أنه ليس لشاهد الحسبة أن يوكل عنه غيره فى الدعوى وإنما يصح له أن يحمل شهادته لغيره ليؤديها بمجلس القضاء.

اجراءات دعوى الحسبة

مدع الحسبة شاهد بما يدعيه فهو فى حقيقة الواقع شاهد وليس مدع ولذا يشترط فيه شروط الشاهد بتوافر شروط التحمل وشروط الأداء عند ادعائه بما يشهد به ولايشترط فيه مايشترط فى المدعى من شروط.

ومتى أقيمت دعوى الحسبة بحق من حقوق الله تعالى فإن القاضى يكون نائباً عن الله تعالى.

فعلى القاضى أن يسمع شهادة شاهد الحسبة ومن يرى سماع شهادتهم

واستجواب المدعى عليه أو عليهم. وتوجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه، إن كان لها مقتضى. فإن القاضى لايترك حق الله تعالى وذلك حتى ولو كان هناك مدع حسبة فعلا فى حالة ما إذا ادعت زوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً وتريد إثبات ذلك.

وعلى ذلك فإن دعوى الحسبة لاتشطب ولايرد عليها وقف ولا انقطاع ولا تقادم.

وإذا تقدمت دعوى حسبة إلى القاضى فعليه أن يفصل فيها بحكم فاصل منه للخصومة، محق حق الله تعالى، لكن إذا توفى المدعى عليه اثناء نظر الدعوى فإنه يقضى فيها بانقضاء الدعوى أو بانتهائها.

خاتمة

قال قائل أن دعاوى الحسبة تكاد تنحصر الآن فى طلب التفريق بين الزوجين وأنا لا أحسب أن فى دعوى الحسبة بذلك قائدة كالتى تكون لو كانت أحكام الشريعة هى المتبعة وحدها ولم تزامن أحكام القوانين الوضعية أرأيت لو أن رجلا وامرأة بلغ كل منهما سن الرشد القانونية اتفقا على أن يتعاشرا كزوجين بدون عقد زواج شرعى صحيح. أو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا ثم توافقا على أن يعيشا معيشة الأزواج بعد هذه الحرمة الغليظة. أو أن رجلاً غير مسلم تزوج بامرأة مسلمة برضاها وشهد زواجهما الباطل طائفة من المسمين بالمسلمين ارأيت لوأن شيئاً من ذلك وقع وكل ذلك يقع فعلا وحاصل الآن أكانت دعوى الحسبة تقوى على التفريق بينهما وهما يعيشان آمنين مطمئنين بين سمع القانون وبصره وهو الكفيل بحمايتهما إذا شاء فضولى أن ينغص عليهما حياتهما الطيبة، ألا يكفى أن يدفعا الشر عن أنفسهما قانونا إذا قالا إنا تراضينا أن نجتمع هكذا خليلين حرين متصافيين لايطرق أحدنا أبواب المحاكم ولانريد أن يكون لها بنا علاقة فى معيشتنا.

فإذا ما رفعت دعوى حسبة بأنهما يتعاشران بدون زواج أو بأنه طلق زوجته ثلاثا أو بالتفريق بين غير المسلم والمسلمة فما كان جوابه إلا أن يقول ما أبرد هذا الفضول الذى يدخل فيما لايعنيه. رجل وامرأة يعيشان معاً راضين باجتماعهما وكل منهما مغتبط برفيقه

يريد هذا الفضولى الثقيل أن يفرق بينهما الخ فانظر كيف جبل هؤلاء على مخالفة الشرع وحفظ الكرامة.

وجواب ذلك فإن فات بعض الفائدة من رفع دعوى الحسبة فبعضها لم يفت- وما لايدرك كله لايترك كله ألا يكفى أن الشرع لايقرر لأحدهما حقا من حقوق الزوجية التى قررها للزوجين فلا ميراث ولاثبوت نسب ولاغير ذلك من الحقوق على ماهو مبين فى أحكام الزواج ألا يكفيهما خزيا أن القانون الذي يحميها يبيح أن يفسخ عقد الاجارة بعد وفاة المستأجر أليس فى هذا إقرار من القانون يدنس جوارهما ولو فى الجملة، ولايقرر صحة ما اتفقا عليه مخالفاً للقانون والنظام العام. وأن السواد الأعظم من الناس يحتقرهما وأن قانون الآداب آلم وأوجع من قانون العقوبات فلا يستطيعان أن يعيشاً غير منغصين. إلا إذا فقدا شعورهما وإحساسهما بالعزة وكرامة النفس واستسلما لمعيشة مادية وإذا لم تستح فاصنع ماشئت. على أن بقية من الحياءأ والديانة فى أكثر الناس الذين لم يدنسهم التفرنج الأعمى تحول بينهم وبين ماوصفت فلا يقدم على ذلك إلا من فسد مزاجه واختل عقله. ولا أحسب هذا الصنف الثانى إلا قليلا وأن فى قلبه لبقية أمل لبناء التراث الأخلاقى من أن يتداعى وللفضيلة من أن تنهار، والله ولى الأمر كله.

الفـــرع الثـــالث

التعليق على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦
بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة
فى مسائل الأحوال الشخصية
والقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦
بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات

أولاً: القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦

صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن إجراءات مباشرة دعوى الحسبة فى مسائل الاحوال الشخصية ونشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ يناير سنة ١٩٩٦ وعمل به اعتباراً من ٣٠ يناير سنة ١٩٩٦ اليوم التالى لتاريخ النشر، إعمالاً للمادة الثامنة منه.

ولنا تعليق على بعض مواد هذا القانون.

وهاك نص القانون بعد الديباجة:

(المادة الأولى)

تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها. برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة، وعلى من يطلب رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة يبين فيه موضوع طلبه والأسباب التى يستند إليها مشفوعة بالمستندات التى تؤيده.

وعلى النيابة العامة بعد سماع أقوال أطراف البلاغ وإجراء التحقيقات اللازمة أن تصدر قراراً برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ.

ويصدر قرار النيابة العامة المشار إليه مسبباً من محام عام، وعليها إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

(المادة الثانية)

للنائب العام إلغاء القرار الصادر برفع الدعوى أو بالحفظ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره، وله فى هذه الحالة أن يستكمل مايراه من تحقيقات والتصرف فيها إما برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ، ويكون قراره فى هذا الشأن نهائياً.

(المادة الثالثة)

إذا قررت النيابة العامة رفع الدعوى على النحو المشار إليه فى المادتين السابقتين تكون النيابة العامة هى المدعية فيها، ويكون لها ما للمدعى من حقوق وواجبات.

(المادة الرابعة)

لايجوز لمقدم البلاغ التدخل فى الدعوى، أو الطعن فى الحكم الصادر فيها.

(المادة الخامسة)

تنظر الدعوى فى أول جلسة بحضور ممثل النيابة العامة ولو لم يحضر المدعى عليه.

(المادة السادسة)

تحيل المحاكم من تلقاء نفسها ودون رسوم ما يكون لديها من دعاوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة والتى لم يصدر فيها أى حكم إلى النيابة العامة المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون، وذلك بالحالة التى تكون عليها الدعوى.

ويعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إلى ذوى الشأن.

(المادة السابعة)

يلغى كل حكم يخالف هذا القانون.

(المادة الثامنة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

واليك التعليق على القانون:

المادتين الأولى والثانية: الأصل كما جاء بالفرعين الأول والثانى من هذا الفصل هو أنه يجب على كل من رأى اعتداء على حق من حقوق الله تعالى أن يتقدم بشهادته مدعياً حسبة، والتقدم هذه الشهادة يكون لولى الأمر أو والى المظالم أو إلى القاضى أو لمن يخصصه ولى الأمر لسماع هذه الشهادة ومباشرة مثل هذه الدعاوى ومن الأمور المسلم بها فى الشريعة الإسلامية أن لولى الأمر أن يخصص القاضى بزمان معين أو مكان معين أو نوع معين من القضايا أو قضية واحدة بذاتها.

فإذا خص المشرع فى دعاوى الحسبة النيابة العامة وهى فرع من القضاء بتلقى البلاغات وتحقيقها للتأكد من جديتها ثم حفظها أو إحالتها إلى المحكمة ومباشرة الإدعاء فيها نيابة عن المجتمع فهذا من الأمور التى لامخالفة فيها لأحكام الشريعة الإسلامية، وإنما هو نوع من تنظيم إجراءات التقاضى ، خاصة وان النيابة العامة تتولى حسبة نيابة عن المجتمع التحقيق فى جميع المسائل الجزائية وبعض مسائل الأحوال الشخصية.

وقد نص القانون على انه بعد إصدار النيابة العامة قرارها عليها إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

والمقصود قانونا وشرعاً بـ (ذوى الشأن) هنا هم المشكو فى حقهم المدعى عليهم أما الشاكى مقدم البلاغ فهو مجرد شاهد بما يدعيه ولايعتبر من ذوى الشأن فى دعوى الحسبة إذ يقتصر دوره على أداء شهادته أو تقديم ماقد يكون لديه من مستندات، وهو ليس خصماً حقيقياً فى الدعوى.

وهو وان كان طرفاً فى البلاغ بتقديمه إياه ألا انه ليس طرفا فى الدعوى.

وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام عن المادة الرابعة.

وقد ورد ذلك كله بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون.

والنص فى المادة الثالثة: بان تكون النيابة العامة هى المدعى فى الحسبة ويكون لها ماله من حقوق وعليها ما عليه من واجبات هذا النص لايغير من طبيعة دعوى الحسبة وان كان قد أوكل للنيابة العامة باعتبارها الممثلة لمصالح المجتمع والحفاظ على

حقوقه بان تقوم بدور المدعى فى دعوي ليس فيها مدع أصلاً. بان تقدم المعونة والمساعدة للقاضى المنوط به الحفاظ على حقوق الله تعالى.

ولا ينال هذا النص من حق المحكمة وواجبها فى الحفاظ على حقوق الله من أن تمارس ما أباحه لها الشرع وألزمها به من وجوب فحص جميع الأدلة والمستندات المقدمة فى الدعوى وجمع أية أدلة أو مستندات ترى لزوم ضمها للدعوى لبيان وجه الحق فيها ومالها من حق وعليها من التزام باستجواب المدعى عليه أو عليهم فيها وتوجيه اليمين الحاسمة أن كان لها محل من تلقاء نفسها للوصول إلى إحقاق حق الله تعالى.

ولاينال من ذلك ماقد يقوله قائل أن المادة السابعة من القانون قد نصت على إلغاء كل حكم يخالف أحكامه. ذلك أن القانون لم ينص على سلطة المحكمة عند نظر الدعوى أو يبين حقوقها أو واجباتها وطرق الطعن فيها.. وإنما اقتصر على أن تبدأ الدعوى بتقديمها إلى النيابة العامة باعتبارها هى ممثلة للمجتمع لإجراء تحضيرها وإعدادها ثم تقديمها إلى المحكمة على ماسبق بيانه.

والنص فى المادة الرابعة: بعدم جواز تدخل مقدم البلاغ فى الدعوى أو الطعن فيها. نص مطابق وموافق لأحكام الشريعة الإسلامية على ماسبق بيانه من أن مدع الحسبة شاهد بما يدعيه فهو مدع مجازا فهو ليس مدع فى الدعوى وانما هو مدع بما يشهد به وليس له من الحقوق سوى سماع شهادته وهى الواجب عليه أداؤها وتقديم ماقد يوجد لديه من مستندات للحفاظ على حقوق الله تعالى هذا ماقضت به الشريعة الإسلامية الراجح من المذهب الحنفى المعمول به طبقاً للمادة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

ولم يكن هناك موجب لإيراد هذا النص من القانون لولا أن الحكم الاستئنافى الصادر فى الدعوى رقم ٢٧٨ لسنة ١١١ فى القاهرة أحوال شخصية قد تضمن تقريراً قانونياً خاطئاً وأنتهى بقضاء غير صحيح بقبول الاستئناف شكلاً رغم أن المستأنف لاصفة له ولاحق له فى الطعن بالاستئناف ولايجوز له توكيل الغير بالحضور فى الدعوى والذى سايرته فيه محكمة النقض بالحكم الصادر بجلسة ٥ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى الطعون أرقام ٤٧٥ ,٤٧٨ , ٤٨١ لسنة ٦٥ ق

أحوال شخصية وإيرادها تقريراً قانونياً خاطئاً بقولها «فلا يقبل القول بانتفاء مصلحة رافع هذه الدعوى طالما تحققت شروط الحسبة لانه مطلوب منه شرعاً الاحتساب فيكون شاهداً فيها لإثباتها وقائماً بالخصومة فى آن واحد، وله ما للخصم من حق إبداء الطلبات والدفوع واوجه الدفاع ومتابعة السير فى الدعوى حتى يحسم النزاع».

وتقريرها أن للشاهد ما للمدعى من حقوق تقرير شرعى وقانونى خاطىء إذ أن المقرر شرعياً وطبقاً للمذهب الحنفى المعمول به إعمالاً للمادة ٣ القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن مدع الحسبة مدع مجازاً إذ ليس فى دعوى الحسبة مدع أصلاً وماهو إلا شاهد بما يدعيه وليس له من الحقوق إلا بقدر ما للشاهد من الحقوق والأصل فى الشاهد ألا تكون له مصلحة فى الدعوى فإن كان للشاهد مصلحة فى الدعوى فلا تقبل شهادته وترد شهادته شرعاً لأنها ليست شهادة لانتفاء شروط الشهادة فيها باشتراط انعدام المصلحة فى الشاهد.

والقانون يقرر أنه لايجوز أن يطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى إلا من كان خصماً حقيقياً فيها والشاهد ليس خصماً فى الدعوى وهذا ماسبق الإشارة إليه بالقسم الثانى فى هذا الفصل .

المادة الخامسة: هذا النص جاء زائداً لا لزوم له أيضا. وهو ترديداً لما جاء فى القوانين من قواعد تضمنتها نصوص قوانين المرافعات واللائحة الشرعية.

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ الخاص ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية على أنه يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه وعليها أن تتدخل فى كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو بالوقف وإلا كان الحكم باطلاً».

ونصت المادة ٢٨٣ من اللائحة الشرعية على أنه «إذ لم يحضر المدعى عليه لابنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له، تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون أعذار أو نصب وكيل».

وهى النصوص التى كان معمولاً بها وقت صدور القانون والآن يحكمها المادتين

الأولى من قانون الاصدار ،٦ من القانون الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .
وهذه القواعد العامة فضلاً عما إستقرت عليه أحكام المحاكم تغنى عن هذا النص.
المادة السادسة: هى مادة إجرائية بإحالة دعاوى الحسبة المتداولة بالمحاكم إلى النيابة العامة بالحالة التى تكون هى عليها لاتخاذ إجراءاتها فيها وفقا لأحكام القانون. وكان الأجدر بالنص حتى تنضبط الأمور الا تحال الدعاوى التى لم يصدر فيها أى حكم فقط بل تحال جميع الدعاوى التى لم يصدر فيها حكم بات منه للخصومة.
أما المادة السابعة: فقد نصت على أن يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.
والواقع انه لاتوجد نصوص قانونية أو قواعد شرعية مخالفة لهذا القانون.
وكل ما هنالك أنه نظم تقديم دعوى الحسبة بدلاً من تقديمها إلى المحكمة مباشرة، تقدم أولاً إلى النيابة العامة لتحقيقها والتأكد من عدم كيديتها، ثم تحال إلى المحاكم لنظرها وفقاً للمنهج الشرعى.

ثانياً: القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦

صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٩٦ وعمل به إعتباراً من ٢٣ مايو ١٩٩٦ اليوم التالى لتاريخ النشر إعمالاً لنص المادة الخامسة منه.
وهاك نص القانون بعد الديباجة:

(المادة الأولى)

يستبدل بتص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجاربة الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النص الآتى:
مادة ٣ .. لاتقبل أى دعوى كما لايقبل أى طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر، لايكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون.
ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتباط لدفع ضرر محدق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها، فى أى حالة تكون عليها الدعوى.. بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن الحكم على المدعى بغرامة إجرائية لاتزيد عن خمسمائة جنيه إذا ثبتت إن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى.

(المادة الثانية)

تضاف الى قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه، مادة جديدة برقم (٣مكررا) ، نصها الآتى:

(مادة ٣ مكررا): لايسرى حكم المادة السابقة على سلطة النيابة العامة طبقا للقانون فى رفع الدعوى والتدخل فيها والطعن على أحكامها، كما لايسرى أيضا على الأحوال التى يجيز فيها القانون رفع الدعوى أو الطعن أو التظلم من غير صاحب الحق فى رفعه حماية لمصلحة شخصية يقررها القانون».

(المادة الثالثة)

يسرى حكم هذا القانون على كافة الدعاوى والطعون المنظورة أمام جميع المحاكم على اختلاف جهاتها وولاياتها واختصاصاتها ودرجاتها وأنواعها مالم يكن قد صدر فيها حكم بات عدا الفقرة الرابعة من المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه المعدلة بهذا القانون.

(المادة الرابعة)

يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

(المادة الخامسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

التعليق على القانون :

ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها هو ما أخذ، وجرى به

قضاء المحكمة الدستورية العليا واستقرت عليه أحكامها منذ إنشائها إلى وقتنا هذا من وجوب توافر وقيام مصلحة للمدعى فى دعواه واستمرار هذه المصلحة حتى الفصل فى الدعوى وإلا حكم بعدم قبولها.

ويدور البحث هنا هل ينطبق هذا القانون على دعاوى الحسبة؟

وللإجابة على هذا التساؤل يتعين البحث عن طبيعة دعوى الحسبة وتحت أى نوع من أنواع الدعاوى تندرج.

الواقع أن دعوى الحسبة ليست دعوى جزائية ولا هى دعوى مدنية إنما هى دعوى من نوع خاص SUI GENERIS قائمة بذاتها ولا تماثل أى من الدعاوي الأخرى ذلك أن مدع الحسبة (شاهد الحسبة) لايدعى بما يقول ولكن يشهد بما يدعيه وهو لايطلب حقاً لنفسه أو لغيره، وإنما يدافع عن حق الله تعالى، الذى هو فرض كفاية، وواجب المجتمع أن يدافع عنه وعلى ذلك فإن المادة الثالثة مرافعات بعد تعديلها لاتنطبق على دعوى الحسبة وذلك لأن:

أولاً: مدع الحسبة ليس مدع حقيقية بل هو مدع مجازاً وهو شاهد بما يدعيه ولايجوز ولايقبل أن يكون للشاهد، مصلحة فى الدعوى فإن كان له مصلحة فى الدعوى فلا تقبل شهادته وترد، ولاتعتبر دعواه دعوى حسبة لأن الشرط الأساسى فيها أن مدعيها هو شاهد بما يدعيه. ويشترط فى مدع الحسبة شروط الشاهد بتوافر شروط التحمل وشروط الأداء، ولايشترط فيه أى شرط من شروط المدعى.

ثانياً: المصلحة فى دعوى الحسبة هى المحافظة على حقوق الله تعالى وهى مصلحة عامة يجب أن يحافظ عليها جميع أفراد المجتمع فهى ليست مصلحة خاصة تتعلق بشخص معين من المجتمع.

ثالثاً: أن القاضى هو المكلف بالحفاظ على حقوق الله تعالى بعد رفع الدعوى حسبة إليه.

وذلك كما سبق تفصيل ذلك بالفرع الثانى ، وعلى ما سيأتى بالفرع الرابع من هذا الفصل .

الفـــرع الرابـــع

إجراءات نظر دعوى الحسبة أمام النيابة العامة والمحاكم ومدى سلطة كل منها

طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المعمول بها الآن

مقـــدمة:

اذا عرضت دعوى حسبة أثناء نظر دعوى أمام المحاكم فعلى المحكمة أن تحيل دعوى الحسبة الى النيابة العامة- طبقا لنص المادة السادسة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦- والتى أصبحت هى الجهة المختصة برفع دعوى الحسبة إلى القضاء.

واذا أراد شخص ما أن يرفع دعوى حسبة فعليه أن يتقدم بشهادته مشفوعة بالمستندات التى تؤيدها الى النيابة العامة المختصة طبقاً لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦.

أولاً: دور النيابة العامة فى دعوى الحسبة

نص القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ على أن تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة.

والنيابة العامة هى جزء من الهيئة القضائية، تمثل المجتمع، ناط بها القانون اجراء التحقيق فى المواد الجزائية (الجنائية) ومواد الأحوال الشخصية للولاية على المال وابداء الرأى والحضور بالجلسات فى جميع مواد الأحوال الشخصية والوقف.

ويكون دور النيابة العامة بالنسبة لدعوى الحسبة هو تلقى البلاغات بها من الأفراد أو تلقى دعاوى الحسبة المحالة اليها من المحاكم.

وسلطة النيابة العامة فى تحقيق دعوى الحسبة هى كسلطة القاضى فإنها تعتبر هنا والى المظالم الذى تقدم اليه الشهادة حسبة ويكون هو وكيل الله تعالى فى الحفاظ على حقوق الله. فلها وعليها سماع شهادة مقدم البلاغ - الطالب- (مدع الحسبة) وكل من ترى لزوم سماع شهادتهم أو أقوالهم وسماع دفاع المدعى عليهم وتجميع

الادلة والمستندات للوصول الى إحقاق حق الله تعالى.

فإذا تبين لها عدم صحة الادعاء حفظت البلاغ.

وان تبين لها أن هناك تعدى على حق من حقوق الله تعالى يستدعى إقامة دعوى الحسبة قامت برفعها أمام المحكمة المختصة.

وكل ذلك يكون بقرار مسبب يعلن به ذوى الشأن.

والجدير بالملاحظة هنا أن ذوى الشأن الذين يتم إخطارهم هم المدعى عليهم المشكو فى حقهم أما مقدم البلاغ أو الشكوى أو المدعى اذا كانت الدعوى محالة من المحكمة فأنه شاهد بما يدعيه وهو ليس خصماً فى دعوى الحسبة (كما سبق القول أكثر من مرة) ولايكون بالتالى من ذوى الشأن الذين أوجب القانون على النيابة العامة إخطارهم بالقرار فإن دوره فى الدعوى ينقض بمجرد تقديمه البلاغ ويقتصر علي سماع شهادته أو تقديم مالديه من مستندات.

ثانياً: نظر الدعوى أمام القضاء

أ- أمام محاكم الدرجة الأولى

مما سبق بيانه يتبين لنا فى الأقسام الأولى من هذا الفصل أنه طبقاً للأصول الشرعية أن مدع الحسبة هو شاهد بما يدعيه وهو مدع مجازا وليس له من حقوق المدعى سوى إقامة الدعوى أو التقدم بما يدعيه ويقتصر دوره فيها على تقديم شهادته كدعوى أى الأدعاء بما يشهد به ولايكون لشاهد الحسبة أى دور فى الدعوي بعد ذلك سوى أداء شهادته أمام المحكمة ، وهذه هى القواعد التى اعتمد عليها قانون الحسبة وأقرها فى مواده كل ما هنالك أن يتقدم الشاهد بشهادته (بدعواه) الى النيابة العامة - التى هى جزء من الهيئة القضائية - بدلاً من تقديمها مباشرة الى المحكمة - والتى تتولى هى احالتها الى المحكمة بعد التأكد من عدم كيديتها.

ويكون القاضى (المحكمة) هو وكيل الله تعالى فى الحفاظ على حقوق الله، وسلطة المحكمة (كما سبق القول) فى دعوى الحسبة سلطة واسعة ومطلقة فلها وعليها تجميع الأدلة أى دليل للوصول إلى إحقاق حق الله تعالى فى الدعوى فلها

سماع الشهود سواء مدع الحسبة وغيره ممن ترى سماع شهاداتهم واستجواب المدعى عليهم وتوجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفس المحكمة أو اليمين المتممة إن كان لكل ذلك وجه فى الدعوى فلا تقتصر على مجرد الأدلة التى قدمت اليها وانما سلطتها وواجبها فى ذلك لايحدهما قيد للوصول إلى إحقاق الحق والحفاظ على حقوق الله تعالى.

ودعوى الحسبة لاتوقف ولاينقطع السير فيها ولاتشطب وإنما تنظرها المحكمة الى ان تفصل فيها بحكم قطعى فاصل فى الدعوى اللهم إلا اذا توفى المدعى عليه فى دعوى الحسبة قبل صدور الحكم القطعى فيها فانها تحكم فيها بإنقضاء الدعوى، او بانتهائها.

ب - أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف)

اذا طعن فى الحكم الصادر من محكمة أول درجة فى دعوى حسبة فإن محكمة الاستئناف وهى محكمة موضوع لها كل ما لمحكمة الدرجة الأولى وعليها كل ما عليها من حقوق وواجبات للوصول الى إحقاق حق الله تعالى بحكم قطعى فاصل فى النزاع.

ولايقتصر دورها على ما رفع عنه الاستئناف فقط وانما تبحث الموضوع من جميع نواحيه ولاتقتصر أيضاً على الأسباب التى أبديت للاستئناف وانما تتسع الدعوى أمامها لبحث جميع جوانبه سواء ما رفع عنه الاستئناف او باقى الموضوع الذى لم يرفع عنه الاستئناف ولا تقتصر فى بحثها عن الحق على ما أبدى من أسباب الاستئناف وانما مجال الموضوع مفتوح أمامها لبحثه ومناقشة الأدلة وسلطتها فى سماع من تشاء من شهود واستجواب الخصوم وتوجيه اليمين وخلافه من تلقاء نفسها سلطة واسعة مطلقة لايحدها سوى بحثها عن احقاق الحق للوصول الى الحفاظ على حق الله تعالى.

فالاستئناف ينقل دعوى الحسبة برمتها الى محكمة الاستئناف ويكون لها جميع ما لمحكمة اول درجة من اختصاص وسلطة على ماسبق بيانه:

ج-: الطعن امام محكمة النقض:-

يقتصر دور محكمة النقض فى النظام القضائى المصرى على تطبيق صحيح القانون وبحث ما اذا كان قد وقع بطلان فى الحكم او بطلان في الاجراءات أثر فى الحكم وهذا هو مايسرى ايضاً عند الطعن على الحكم الصادر فى الدعوى المرفوعة عن طريق الحسبة.

ولكن يلاحظ هنا أن قاضى محكمة النقض ككل قاضى موكول له الحفاظ على حقوق الله تعالى واذا ما رفعت الدعوى حسبة فأنه هو المنوط به الحفاظ على حق الله تعالى، ذلك انها دعوى تمس الصالح العام وتحافظ على حقوق الله تعالى التى هى من النظام العام، فلا يقصر بحثه فى الدعوى على الاسباب التى وردت بأوجه الطعن وانما يتسع المجال امامه لبحث أى عوار لحق بالحكم المطعون فيه سواء من ناحية تطبيق صحيح القانون أو اتباع الاجراءات القانونية الصحيحة.

وهذا ليس حق للمحكمة بل هو واجب عليها لتؤدى دورها فى احقاق الحق والحفاظ على حقوق الله تعالى فاذا تبين لها وقوع اى مخالفة أو خطأ فى تطبيق القانون او تاويله او بطلان فى الحكم أو الإجراءات اثر فى الحكم سواء تضمنتها أوجه الطعن واسبابه او تبينتها المحكمة عند فحص الطعن فعليها أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه واحالة الدعوى الى محكمة لموضوع او ان تفصل فى موضوع الدعوى ان كان صالحاً للفصل فيه.

وهذا ما أخذ به القانون وجرى عليه نص المادة ٢٥٣ مرافعات فى فقرتها الثالثة.. ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها فى أى وقت وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها».

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

ـ الحسبة فعل مايحتسب عند الله من فروض الكفاية، صدورها عن ولاية شرعية أصفاها الشارع على كل من أوجبها عليه. (١).

---

(١) الطعن رقم ٢٠ سنة ٣٤ ق أحوال شخصية جلسة ٢٠/ ٣/ ١٩٦٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ٧٨٢

ـ دعوى الحسبة . لاتقبل شرعاً إلا فيـما هو حق اللّه تعالى أو فيما كان حق اللّه فيه غالباً بإعتـبار أن هذه الحقوق هى مما يجب على كل مسلم المحافظة عليـها والدفاع عنها فمن رأى مـعروفـاً ظهر تركـه أو منكراً ظهر فـعله، وجب عليه أن يـتقدم إلى الـقاضى بالدعوى أو يستعد المحتسب أو والى المظالم ليقيم الدعوى. (٢).

ـ الحسبة. فعل مايحتسب عند الله من أمر بمعروف ظهر تركة أو نهى عن منكر ظهر فعله وهى من فروض الكفاية وتصدر من ولاية شرعية أصلية. (٣).

ـ خلو القانون من النص على حكم مـسأله من مسائل الأحوال الشخـصية، لايعنى أن المشرع أراد أن يخالف نصاً فى القـرآن. دعوى الحسبة يتعين الرجوع فى شـأن قبولها إلى الراجح فى مذهب الإمام أبى حنيفة. (٣).

---

(٢) الطعن رقم ٢٤ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية جلسة ٨/ ١٢/ ١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٢٢٥٢

(٣) الطعون ارقام ٤٧٥، ٤٧٨ ، ٤٨١ سنة ٦٥ قضائية ـ أحوال شخصية ـ جلسة ٥/ ٨/ ١٩٩٦

مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١١٣٤

الفصل الثالث عشر

نبـــذة تاريخـــية

نظرة عــامة

(فيما ورد في اللائحة الشرعية بشأن الشهادة)

رأيت الابقاء على هذا البحث لما فيه من فائدة ولمن أراد الإستزاده ومعرفة ماكان عليه العمل .

ألغيت بعض مواد اللائحة الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وألغيت باقى المواد بإلغاء اللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

اشتملت اللائحة على اثنتين وعشرين مادة فى بيان ماتختص به الشهادة من الأحكام نظاما. وتركت الباقى للمادة (٢٨٠) ليرجع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة.

وهذه المواد تبدأ بالمادة (١٧٢) وتنتهى بالمادة (١٩٣) وهاك جملة القول فيها (١).

المادة (١٧٢) يجوز إثبات الدعوى بشهادة العدول، مع مراعاة ماهو مدون بالمادة ١٣٨ . وقد تضمنت هذه المادة شيئين (أولهما) جواز إثبات الدعوى بشهادة العدول (وثانيهما) مراعاة مانصت عليه المادة ١٣٨ وهذه المادة هى المادة (١٧٠) من لائحة سنة ١٩١٠ والمادة ٣٩ من لائحة سنة ١٨٩٧ .

المادة (١٧٣) بينت تعزير الشاهد إذا امتنع عن الحضور إلى المحكمة لتأدية الشهادة أو حضر وإمتنع عن الأداء، وقبول عذره إذا كان صحيحاً.

---

(١) إلغيت المواد ١٧٢ ـ ١٧٨ ـ ١٨٠ ـ ١٨٢ ـ ١٩٣ من اللائحة بالقانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥، الذى إلغى بدوره بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وهذه المادة هى نفس المادة السادسة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ ولم يكن لما تضمنته من الأحكام وجود بالمحاكم الشرعية قبل ذلك (٢).

(المادة (١٧٤) تتضمن سؤال القاضى للشهود. وفيها أن اليمين لاتجب فى شهادة الاستكشاف (٣).

المادة (١٧٥) تضمنت هذه المادة موضوع موافقة الشهادة للشهادة وموافقة الشهادة للدعوى، وقد قدمنا شرح ذلك بما فيه الكفاية .

المادة (١٧٦) نصت على أنه إذا أغفل الشاهد شيئا يجب ذكره سأله القاضى عنه، ولا يعد ذلك تلقينا إلا إذا كان مما يزيده علما أهـ.

---

(٢) وهنا مسألة يجب أن تبحث بحثاً وافياً إذا حكم على الشاهد بغرامة وأمتنع أو عجز عن أدائها فهل تتحول إلى عقوبة بدنية بالحبس؟ جاء فى شرح اللائحة أنه لايسوغ التنفيذ من أجل ذلك بالإكراه البدنى بل يكون اقتضاؤها من مال المدين بالطرق المقررة لتحصيل الرسوم.. واستند الشرح فى هذا إلى منشور الحقانية رقم ٤٣ سنة ١٩٢٢ وهذا محل نظر لأن هذه الغرامة عقوبة وليست دينا مدنيا. ثم ماحكم الغرامات التى يحكم بها على الشهود فى المسائل الجنائية لأحد السببين السالفين أتكون دينا مدنيا أيضا أم يصح عند الامتناع أو العجز أن تتحول إلى عقوبة بدنية بالحبس، وإذا كان بينهما فرق فما وجهه مع اتحاد العلة؟

(٣) جاء فى لائحة سنة ١٩١٠ فى المادة (١٧٣) مانصه: إذا أغفل الشاهد فى شهادته لفظ أشهد سأله القاضى اتشهد بذلك فاذا قال أشهد به كان ذلك كافياً. ولايشترط فى شهادة الاستكشاف لفظ أشهد بل يكفى فيها مجرد الأخبار ممن يوثق به. وجاء فى المذكرة الإيضاحية أن الفقرة الثانية من هذه المادة زيادة قصد بها حكم شرعى خفى على كثير من القضاة فى حوادث كثيرة فكانوا يحتمون لفظ أشهد فى كل شهادة فاذا لم يأت بها الشهاد بطلت شهادته. مع أن الشهادة تتنوع شرعاً إلى نوعين، شهادة يقصد بها إثبات الحق فى المدعى به وهى الشهادة المقصودة بين الناس، وشهادة لايقصد منها الإثبات بل يقصد منها الاستكشاف الحال فقط بعد الإثبات كما فى مسائل النفقات فإنه بعد أن يثبت للزوجة على زوجها حق الانفاق ويريد القاضى أن يقرر لها نفقة يحتاج إلى أن يعرف حالة الزوجين يساراً وإعساراً ويستكشف ذلك ممن له معرفة بحالهما. فهذا النوع من الشهادة لايشترط فيه شرعاً لفظ أشهد ، فقصد بذكر هذا الحكم تنبيه القضاة إليه. أهـ أقول قد استبدلت اليمين بلفظ أشهد كما أسلفنا . والآن أصبح الحكم بالنفقة مراعى فيه حالة الزوج المالية وحده.

وهذا عمل حسن لأن الشاهد فى الغالب لاتستوعب ذاكرته كل جزئيات الموضوع الذى يشهد فيه وقد يهمل بعضه سهواً أو يعتقد أنه غير لازم، خصوصاً وقد حتم قانون المرافعات (٤) على الشاهد أن يؤدى شهادته شفوياً غير مستعين بورقة يتلوها تلاوة. وأن كان قد رخص له فى مراجعة مذكرته لبيان التواريخ ونحوها معا قد ينسى غالبا وقد يطول به العهد.

ولما كان السؤال الموجه من القاضى إلى الشاهد لايتضمن تلقينا فهو جائز شرعاً لأنه ليس فيه إعانة لأحد الخصمين على الآخر.

المادة (١٧٧) يكفى فى تعيين المشهود له أو المشهود عليه ذكر مايعرف به ولو الاسم والشهرة فقط أهـ.

أى ولا حاجة إلى ذكر الأب والجد إذا حصل التعريف بغير ذلك خلافاً لما كان يفعله بعض الجامدين من القضاة.

أنظر تقرير الأستاذ الامام، ففيه ماهو العجب فى هذه المسألة. وأنظر ماتقدم.

المادة (١٧٨) إذا ذكر الشاهد الحدود وأخطأ فى مقدار المساحة قبلت شهادته أهـ.

وذلك لأن العقار المشهود به يكفى لتعيينه ذكر حدوده فبذلك يتميز عن غيره ولايلتبس الأمر فيه.

وذكر المساحة نافلة ثم الشاهد بعد ذلك لم يكلف علم الحساب بل الواجب عليه تعيين محل النزاع بدون لبس ولا اشتباه.

المادة (١٧٩) تكفى شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التى يتوقف عليها القضاء بشىء مما ذكر أهـ.

أنظر ماتقدم وهذه المادة هى المادة ١٧٧ من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء فى مذكرتها الإيضاحية أنها مادة جديدة أى أنها لم تكن فى لائحة سنة ١٨٩٧ وضعت لبيان حكم شرعى لم يتنبه له الكثير من القضاة.

وجرى العمل فى قضايا النفقات ومايتعلق بها كأجرة الحضانة والرضاع على أنه لابد من شهادة الاثبات عند إنكار الحق المدعى به كبقية القضايا وترتب على ذلك مشقة كثيرة على أرباب هذه القضايا وغالبهم من النسوة.

---

(٤) أنظر المادة (٩٠) اثبات وشرحها.

وذلك لما يلزم شهادة الاثبات شرعاً من الشروط الكثيرة التى ربما لاتتيسر للخصم الذى يغلب عليه العجز فى القضايا التى يلزم الإسراع فى الفصل فيها لئلا يضيع الغرض المقصود منها. أما شهادة الاستكشاف فلا يشترط لها مايشترط لشهادة الاثبات. فالقاضى يمكنه أن يستكشف من أهل الخبرة من غير أن يكلف الخصم احضارهم وتزكيتهم والجمع بيهم وبين الخصوم. ومن ومن غير أن يلزمهم بلفظ أشهد (٥) وغير ذلك. فقصد بوضع هذه المادة تنبيه القضاة إلى هذا الحكم.

المادة (١٨٠) تكفى الشهادة بالدين وأن لم يصرح ببقائه فى ذمة المدين.، وكذا الشهادة فى العين أهـ.

هذه المادة هى المادة ١٨٧ من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء فى مذكرتها الإيضاحية أنها مادة جديدة بين فيها حكم شرعى قد يخفى أيضاً على بعض القضاة فكان لايقبل الشهادة بالدين إلا إذا صرح بأنه باق فى ذمة المديون إلى الآن. ولا يقبل الشهادة فى العين فيما إذا ادعى شخص على أخر بأن العين التى فى يده ملكه إلا إذا صرح الشاهد أيضاً بأن العين باقية على ملك المدعى إلى الآن.، مع أن الشرع لايحتم ذلك لأنه يكفى فى إثبات الدين الشهادة بأنه كان موجوداً فى وقت من الأوقات.، وعلى المدعى عليه الذى يريد أن يدعى بسداده بعد ذلك أن يثبت دعواه لأنها دعوى جيدة أهـ..

أقول متى ثبت السبب الموجب للدين بدليله فإن الدين يعتبر باقياً فى ذمة المدين بعد ذلك حتى يقوم الدليل على فراغ ذمته منه. فالسبب ثبت بالدليل المبنى على معاينته أو على معاينة اليد فى الأملاك، والبقاء فى كل من الدين والملك ثابت بحكم الاستصحاب فى الاملاك. والبقاء فى كل من الدين والملك ثابت بحكم الاستصحاب وانظر ماتقدم ومثل دعوى الدين والعين فى المادة (١٨٠) دعوى الوصية والإيصاء فى المادة (١٨١) الآتية وكذا دعوى الزوجية فمن ادعى انقطاعها فعليه هو الدليل على انقطاعها وليس على الزوجة إلا إثبات العقد الصحيح وبعد ذلك تعتبر الزوجية باقية بحكم الاستصحاب لأنها أثر لذلك العقد فلا تكلف

(٥) لاتنس ماتقدم فى المادة (١٧٤) مع التعليق عليها.

الزوجة ولا وارثها بعد موتها إقامة الدليل على بقائها وكذلك الحكم فى سائر الأسبالب التى لها آثار شرعية تترتب عليها فإنه يكفى لثبوتها الدليل على وجود السبب وأما آثار شرعية تترتب عليها فإنه يكفى لثبوتها الدليل على وجود السبب وأما آثارها فبقاؤها بحكم الاستصحاب. وأنا أرى أن هذا يكاد يكون من البديهيات وأنى لمندهش جدا من أن بعض قضاة الشرع يحوجون مثل وكيل الحقانية إلى لفت نظرهم إلى هذا الأمر الذى هو فى غاية الوضوح ولايليق بطالب علم شرعى أن يجهله فضلاً عن قضاة الشرع. وللأستاذ الشيخ محمد بخيت مفتى مصر السابق مقال نشر فى مجلة المحاكم الشرعية التى كان يصدرها حسن بك حمادة المحامى الشرعى رحمه الله وقد تضمنت تلك المقالة وصفا لأمور محزنة مخزية لاتليق بالمحاكم الشرعية وتنفر منه العقول السليمة أشد النفور ويبرأ منها الشرع الإسلامى كل البراءة.

المادة (١٨١) تكفى الشهادة بالإيصاء والوصية وإن لم يصرح باصرار الوصى إلى الوفاة أهـ.

وهذه المادة هى المادة ١٧٩ من لائحة سنة ١٩١٠ وجاء فى المذكرة الإيضاحية أنها تضمنت حكماً شرعياً قد خفى على بعض القضاة فلا يقبل الشهادة بالإيصاء أو الوصية إلا إذا قال الشاهد أن المتوفى مات وهو مصر على ذلك. مع أن هذا غير لازم شرعاً أهـ أقول أنظر ماتقدم تعليقا على المادة ١٨٠ ففيه الكفاية.

وفى شرح اللائحة ملاحظة على هذه المادة من المفيد جداً أن أذكرها هنا نقلا عن الشرح. قال مؤلفا الشرح يلاحظ هنا على هذه المادة (٦) أنها قد تتعارض مع المادة (١٠٠) (٧) إذ من شروط هذه أن دعوى الوصية أو الايصاء إلخ لاتسمع إلا بالأدلة الكتابية المبينة هناك مع أن مقتضى المادة ١٧٩ أن الشهادة مقبولة فهل هناك تعارض حقيقى بين المادتين؟ والجواب أن المناقشة التى دارت حول ذلك بمجلس شورى القوانين تفيد أن المادة ١٧٩ لم توضع إلا لغرض خاص وهو ماإذا دعت الحالة إلى تقوية الدليل الكتابى بشهادة الشهود فإنها تكون مقبولة ولو لم يصرح الشاهد بأن الموصى مات وهو مصر. وفى هذا من الحذق فى وضع الأحكام مالا يخفى.

(٦،٧) لاتنس تغير أرقام المواد فى اللائحة الحالية

لأن هذا النص أريد به الخروج عما كان متبعاً من قبل وهو تكليف مدعى الوصية إثبات أن الوصى بقى مصراً إلى أن مات.

أما والنص كما تقدم فقد أصبح عدم الاصرار هو العارض فعلى من يدعيه إقامة الدليل عليه (راجع محاضر مجلس شورى القوانين سنة ١٩٠٩ ـ ١٩١٠ صفحة ٥٢٦)أهـ.

المادة (١٨٢) يسأل القاضى الشاهد عن الأزمنة والأمكنة وغيرها وعن طريق علمه بالمشهود به وكيفية وصوله إليه وعن مجلس الشهادة وغير ذلك مما تعين به درجة شهادته بدون حاجة إلى التزكية أهـ.

راجع ماتقدم ثم أقول إذا بين الشاهد للقاضى أن شهادته مبنية على السماع فماذا يكون الحال؟

وجاء فى شرح اللائحة تعليقا على المادة (١٨٠) التى هى أصل لهذه المادة أن الأسئلة التى توجه من القاضى إلى الشاهد موكولة إلى حذق القاضى وفطنته وإلى ذوقه السليم، فيصح أن يسأله عن مجلس الشهادة أين كان. وإذا كان فى البيت ففى أية طبقة من طبقاته كان العقد، ومن الذين كانوا معه بالمجلس. وهل أكلوا أو شربوا وأى شئ أكلوا وشربوا وما إلى ذلك مما شأنه أن يبقى له أثر فى الذاكرة ولا ينس إلا بعد زمن طويل. ولكن التغالى أدى ببعض القضاة إلى توجيه أسئلة عن بعض أشياء قلما يتفق فى الإجابة عنها اثنان فى مجلس واحد لأنها تغيب عن الذهن بسرعة أو مما لا يلتفت إليه عادة كنوع الملابس وألوانها والفراش وشبابيك الحجرة والستائر ومافرشت به أرض الحجرة وعدد مافيها من الكراسى والمقاعد ونوعها وألوانها وما إلى ذلك من هذه السخافات وأشباهها. وقد أصدرت وزارة الحقانية منشوراً يلفت نظر القضاة إلى هذا فى ١٦ يناير سنة ١٩٢١ إنتهى ملخصاً ببعض زيادة مما علمته بنفسى.

المادة (١٨٣) للمشهود عليه أن يبين للقاضى مايخل بشهادة الشاهد شرعاً، وكذلك له أن يوجه إلى الشهود بواسطة رئيس الجلسة الأسئلة التى يرى لزوم سؤالهم عنها، وعلى الرئيس أن يوجه تلك الاسئلة إلا إذا رأت المحكمة أنها غير مفيدة فتقرر رفضها مع تدوين ذلك كله بالمحضر أهـ.

أقول بيـان المشهـود عليه مـايخل بشهـادة الشاهد شـرعاً يرجع فـيه إلى ماتـقدم فى شروط الشهادة سواء أكان ذلك فى الشاهد أو فى المشهود به.. إلخ والمرجع فى هذا هو مذهب أبى حنيفة وماإستثنى عملاً بالمادة (٢٨٠).

كذلك مـن الحق والعدل أن يوجه المـشهود عليـه أسئلة إلى الـشاهد محـافظة على مصـلحته بـدون أن يخرج عن حـدود الأدب وعما لايـليق ويكون ذلك بواسطة رئيس الجلسـة حفظاً للنظام كـذلك للمشـهود له هذا الحق إسـتيـضاحـاً لما لم يكن واضـحاً. وللرئيس النظر فى الأسئلة قبل تـوجيهها فما كـان منها متعلقاً بالدعوى وجـائز القبول أقره، ومـا سواه ممـا لافائدة فى الإجـابة عنه ومما هو سخـيف أو فيـه خروج عن حـدود اللياقة والأدب أمر برفضه. ومما يؤسف له أن بعض وكلاء الدعاوى يوجهون أسئلة الى الشهـود يقصدون بهـا إهانة الشاهد والهـزؤ به وجرحه فى كـرامته ونحـو ذلك مما يمليه على السـائل سوء أدبه وضـيق عطنه . وان من أوجب الواجبـات على القـضاة حمـاية الشهود من هذا . إذ الشـاهد الذى يؤدى واجباً دينياً وانسانيـاً.، وإذا امتنع يعاقب يجب أن يكرم وألا يهان. وفى الحديث الشريف «أكرموا الشهود».

المادة (١٨٤) إذا طعن المشهود عليـه فى الشهود طعناً غير شرعى رفـضته المحكمة. وإن كان شرعياً وأراد تأجيل القضيـة لاثباته لاتؤجل إلا إلى الجلسة التالية، فان لم يثبت رفضت الطعن أهـ.

الفـقرة الأولى من هذه المادة واضـحـة وهى متـصلة بالمادة قـبلها. والـفقـرة الثانيـة تضمنت أن الطعن إذا كان مقبولاً شرعـاً أجلت القضية مرة واحدة وذلك منعاً للتطويل فى القضايا والإضرار باصحاب الحقوق . والطعن الشرعى يكون بأحد أمرين: (الأول) ذكـر مايمنع شـهادة الـشاهد كـأن يقول المـدعى عليه أن الشـاهد والد للمـشهـود له أو مستخدم عنده.. إلخ. (والثانى) الطعن فى عدالة الشاهد. أنظر ماتقدم.

المادة (١٨٥) إذا قررت المحكمة الاحالة على التحـقيق تبين فى قرارها الوقائع المراد إثباتها أهـ.

المراد بالتحقـيق هو مايتبع من الإجراءات على ماهو مرسـوم فى اللائحة. وجاء فى المذكرة الإيضاحية للائحة الحالية مانصه:

جرت المحاكم على سماع البينة فى الجلسات العادية لكنها كانت تحدد جلسات خاصة لسماع البينة فى القضايا الهامة التى يكثر فيها عدد الشهود بدون بيان الوقائع المراد اثباتها. فجاءت المادة ١٨٥ لبيان مايجب إتخاذه من الحيطة فى هذه الحالة فأوجبت حصر الوقائع المراد إثباتها فى القرار الذى يحدد جلسات الإثبات. وهذا الحصر يكون بوجه الاجمال فلا يذكر فيه مايكون فى إفشائه إخلال بسير التحقيق إهـ.

المادة (١٨٦) إذا قدم أحد الخصوم بينه لاثبات واقعة كان للخصم الآخر الحق دائما فى اثبات عدم صحة تلك الواقعة بكافة (أى بجميع) طرق الاثبات ،. وتتبع جميع إجراءات الاثبات فى حق الخصوم على السواء أهـ.

الحكم الذى تضمنته هذه المادة جديد جدا فى المحاكم الشرعية وهو مأخوذ من المادتين ١٨١ و١٨٩ مرافعات وأنظر ماتقدم فى شهادة النفى.

وجاء فى المذكرة الايضاحية للائحة مانصه:

قد يقيم أحد الخصوم بينة لاثبات واقعة من وقائع الدعوى.، ويكون لدى الخصم الآخر من الأدلة مايفيد عدم صحة تلك الواقعة. فمن العدالة «يريد العدل» أن يفسح له المجال لنفى صحة الوقائع التى سمعت البينة لاثباتها، ويمكن من تقديم دليله للقضاء ليفصل القاضى بالحق بعد الموازنة بين الأدلة والترجيح لما يظهر له رجحانه أهـ.

المادة (١٨٧) تكتب شهادة كل شاهد مايتعلق بها بالتفصيل فى محضر الجلسة أهـ.

ويجب أن تكتب عبارة الشاهد بألفاظها التى أداها بها، ولايجوز التصرف فيها بتلخيص أو اقتصار حذر الوقوع فى الخطأ من الكاتب فى فهم عبارة الشاهد. أنظر محاضر الفتاوى السندية.

المادة (١٨٨) تتلى شهادة كل شاهد عليه وله أن يصححها بالجلسة ثم يوقع عليها بامضائه أو ختمه أهـ.

قال فى شرح اللائحة: وقد لايقتصر التصحيح على مجرد الألفاظ بل يكون من حق الشاهد التغيير والتبديل بأن يعدل عن أمر قرره أو يضيف آخر لم يذكره من قبل، وغير ذلك لأنه يملك هذا الحق إلى أن يتم التوقيع، إذ لاتعد الشهادة تامة إلا به، وإذا غادر الشاهد مجلس الشهادة لايجوز أن يتم شهادته فى مجلس آخر (منشور الحقانية

١٦ يناير سنة١٩٢١) وكذلك لايجوز للشاهد تصحيح شهادته فى مجلس آخر كما هو ظاهر النص ومقتضى الشرع وهذا من الأمور البديهية.

المادة (١٨٩) إذا امتنع الشاهد من الإمضاء أو الختم أو كان لايمكنه الكتابة أو ليس له ختم وجب ذكر ذلك فى المحضر.

ولايضر الشهادة عدم توقيع الشاهد على شهادته بعد ثبوت ماقاله رسمياً فى المحضر. ويااليت بصمة الإصبع تستبدل بالختم إذا كان الشاهد لايحسن التوقيع بالكتابة.

المادة (١٩٠) إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور تنتقل المحكمة لسماع شهادته. ولها أن تنتدب أحد قضاتها لسماع شهادته.وعلى المحكمة أن تعلن الغائب من الخصوم بالميعاد لسماع الشهادة أهـ.

وقال فى شرح اللائحة: ويجب على كل حال سماع شهادة الشاهد حضر الخصوم أم لم يحضروا أهـ. أى بعد علمهم بانتقال المحقق إلى مكان الشاهد بأن كانوا حاضرين بالجلسة وقت صدور قرار المحكمة أو كانوا غائبين فأعلنوا.

المادة (١٩١) إذا قال الشاهد لا شهادة لى لا تقبل شهادته بعد ذلك وكذا إذا قال المدعى ليس لى شهود ثم أحضر شهوداً أو حضر شهوده وقال ليس لى سواهم ثم أراد الاستشهاد بشهود آخرين لايقبل منه، إلا فيما تسمع فيه الشهادة حسبة..

الفقرة الأولى من المادة واضحة لأن الشاهد إذا أخبر أنه لايعرف شيئاً عن الحادثة التى إستشهد عليها فمن أين جاءه العلم بها بعد رفع الدعوى أ هـ [٨] وأما الفقرة الثانية بشقيها فالمذكور هنا هو قول الإمام الأعظم، وقال محمد يجاب المدعى إلى طلبه فى الحالتين.

احتج محمد بأن المدعى ربما كان له بينة فى الواقع وهو لايعرفها لأن تحمل الشهادات قد يحصل دون علم صاحب الحق. فإذا عرف البينة بعد أن قال لابينة لى أو قال لا شهود لى إلا فلان وفلان ..إلخ فقط فالعدل يقضى بقبول بينته للمعنى الذى أسفنا. واحتج أبو حنيفة لعدم قبول بينة المدعى بعد أن قال مقالته بالتناقض

---

(٨) اللهم إلا إذا كان قد نسى ثم تذكر لكن فى المقام شبهة تمنع قبول شهادته، وبعد ففى هذه المسألة نظر وبفطنة القاضى ونفاذ بصيرته قد تنكشف له الحقيقة. وبالجملة فالنص بنى على الاحتياط الحازم.

الظاهر ومذهب محمد هو الظاهر فى الوجهة النظرية وعليه متون المذهب. ولكن اختير قول الإمام للعمل به فى المجلة العدلية (المادة ١٧٥٣) واللائحة الشرعية (المادة ١٨٨ فى لائحة سنة ١٩١٠ والمادة ١٩١ من اللائحة الحالية).

وعلل ذلك فى المذكرة الإيضاحية بأن العمل به يقلل من أمر التزوير ومن تلاعب الخصوم فى القضايا. وهو تعليل صحيح حسن.

والاستثناء الأخير لابد منه لأن حقوق اللّه تعالى تسمع فيه الدعوى وتقبل الشهادة من أى إنسان فإذا حصر صاحب الحق الشخصى فيها شهوده أو قال لا شهود لى فإذا لايمنع إثبات الدعوى من طريق أخر. وذلك كالزوجة تدعى على زوجها أنه أبانها ثم تعجز عن إثبات ذلك فهذا لايقفل باب الدعوى إذ هى تقبل من أى أحد.. فكذلك لو ظفرت المدعية بشهود بعد ذلك وطلبت من القاضى أن يسمع شهادتهم وجب عليه اجابة طلبها حفظاً لحقوق اللّه تعالى.

غير أن التلاعب والتزوير كثر من هذه الناحية أيضاً ولا سبيل إلى تدارك الأمر فيه لقيام حقوق الله تعالى ووجوب المحافظة عليها. وإذا لا مرجع فى ذلك إلا إلى يقظة القاضى وفطنته، وقد أخبرنى بعض أفاضل القضاة أن إمرأة إدعت الطلاق على زوجها وأتت ببينة على دعواها ثلاثاً وعشرين مرة وبينتها ترفض فى كل مرة، وقد إستغرقت دعواها عدة سنين. وكان ذلك القاضى محامياً فى ذلك الوقت فإختارته أخيراً وكيلاً عنها فى المخاصمة مع زوجها واتت إليه بشاهدين وقالت له علمهما كيف يشهدان فدهش واستعاذ بالله منها وترك توكله عنها.

المادة (١٩٢) إذا مات الشهود أو غابوا فللمحاكم أن تحكم بشهادتهم أهـ.

اقول هذه المادة هى بقية من المادة (١٩٢) من لائحة سنة ١٩١٠ إذ جاء فى النص القديم هذه الزيادة (على الوجه المبين بالمادة ١٨٩).

والمادة ١٨٩ تنص على تزكية الشهود سراً ثم علناً.. الخ وبناء على هذا فموت الشاهد أو غيبته غيبة منقطعة لايمنع تزكيته بعد ذلك ثم يبنى القاضى قضاءه بعد ذلك على شهادته لكن الآن لا تزكية فلم بقى هذا النص؟ وأى حاجة تدعو إليه؟ فالشهادة بعد تدوينها فى المحضر وتوقيع الشاهد عليها وإنتهاء عملية

الطعون تصبح سنداً يصح الإعتماد عليه سواء أبقى الشاهد حياً بعد الشهادة. حاضراً أم غائباً لايدرى مكانه، أم مات بعد ذلك. لكن ربما بقى هذا النص تنبيها للقضاة إلى الحكم فى المسألة. وأن من العجيب المدهش ماجاء فى المذكرة الإيضاحية من أن المادة ١٩٢ بيان لحكم شرعى غفل عنه كثير من القضاة، وأدى إلى طول زمن الفصل فى القضايا. وألحق ضرراً بالخصوم أهـ. فمن أى ينبوع كان يستقى أولئك القضاة أحكامهم الشرعية؟

المادة (١٩٣) للقاضى إذا ثبت لديه أن الشاهد شهد زوراً أن يحرر محضراً بذلك ويرسله إلى قلم النائب العمومى المختص ويكون هذا المحضر معتبراً أمام المحاكم الأهلية.

قال فى شرح اللائحة ومعنى اعتباره أنه يعد رسمياً أى صادر ممن يملك تحريره. وتسرى عليه أحكام الأوراق الرسمية . فإذا ثبت للقاضى الأهلى إرتكاب الشاهد لشهادة الزور أوقع عليه العقاب الذى يستحقه قانوناً أهـ وأنظر ماتقدم ففيه الكفاية.

تتمة ـ تقدم أن اللائحة الشرعية سكتت عن مصاريف أنتقال الشاهد، مع أنها نصت على أن الشاهد إذا امتنع عن الحضور إلى المحكمة لآداء الشهادة بغير عذر يحكم عليه بغرامة. وقد يأتى الشاهد من مكان بعيد وقد يعطل عن عمله ويبيت فى غير مسكنه وقد يطول عليه الزمن لأجل تأدية هذا الواجب وقد تكلمت فى هذه المسألة مع بعض كبار رجال القضاء الشرعى فاتفقت كلمتهم على أن المحاكم الشرعية لاتقضى للشاهد بشئ مما يطلبه، ولاشك أن هذا بمعزل عن العدل. كما أسلفنا، فتكلمت مع بعض كبار رجال القانون فكان رأيه موافقاً لرأيى فى أن للشاهد الحق فى هذا الطلب أمام المحاكم الأهلية المدنية بمقتضى نص قانون المرافعات وهذا هو العدل من غير شك.



الفصل الرابع عشر

القــوانين المصــرية

الفرع الأول

الأدلة الكتابية والشهادة

هذه خلاصة فى بيان قيمة الأدلة الكتابية والشهادة فى محاكم مصر. (١)

الأصل فى الشرع جـواز إثبات كل دعـوى بالشهادة، وأسـتقر الأمـر عند فقـهاء القانون على أن الأصل هو إثبات الدعاوى بالكتابة.

لاحظ فقهاء القانون أن الشهادة يكثر فيـها التزوير، وقد يتعذر أو يتعسر الاهتداء إلى الحقيقة، ولاحظوا أيضاً أن الذاكرة لاتعى عادة كل جزئيات الحوادث. وإذا وعت تفصيلات حادثة فى أول الأمر وقت مشاهدتها فإنها لاتستطيع الاحتفاظ بكل ماوعته بل يتسرب منهـا تباعاً، بل قد تنسى الحـادثة إذا طال العهد. فالكتابـة من هذه الناحية أضبـط لتفـاصيل الحـوادث وقيد لـها ولا سيـما الالتـزامات ذات الشـروط الكثـيرة والتفريعـات المتعددة، ولا ريب فى أنها من هذه الناحـية أقوى احتفـاظاً بما تحتويه من الذاكرة. والتـزوير ممكن فى الكتابة كـما هو ممكن فى الشـهادة إلا أنه فى الغـالب قد يمكن الإهتداء فيه إلى الحـقيقة خصوصاً عند تقـدم العلوم ودقة البحث وبالموازنة بين دليلى الكتابة والشهـادة نرى أن الأحتياط يقضى بأن يكون الدليل كتـابياً كلما أمكن ذلك، والشـريعـة العـادلة لاتأبى هذا.. ومما ينبـغى مـلاحظتـه أنه عند مـجئ الشـرع الاسلامى كانت الأميـة غالبة، فكان لاجرم أن يستدل على الدعاوى بشـهادة الشهود ومع ذلك فقد جاءت آية المداينة فى الكتاب العزيز آمرة بكتابة الدين مستثنية مايتعلق بالتجارة لئلا تتعطل الأعمال التجارية. وقد يكون البيع والشراء فى حالة يتعذر معها إثبـات العقـد بالكتابة. والذى يعنى الشـارع الإسلامىِ إنما هـو وصول الحقـوق إلى

---

(١) وسيأتى الكلام عن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ مفصلاً.. إن شاء الله فى الفرع الثانى من هذا الفصل.

أربابها وضبطها من أيسر طريق وأحكمه ومنع أكل أموال الناس بالباطل ولذا شدد فقهاء الشريعة فى الشروط التى إشترطوها لقبول الشهادة ووجوب بناء الحكم عليها أقصى مايتصور من التشديد . ولا شك أن مصالح الناس مرعية شرعاً كما هى مرعية قانوناً فلا غرابة إذا فى أن يتسع صدر الشريعة الحكيمة للإذن بالعمل بما هو أضبط وأبعد عن التزوير. لهذا اقتربت المحاكم الشرعية من المحاكم القانونية فى الاستدلال بالكتابة على مابينا فيما سلف. وغاية الجميع هو إحقاق الحق وإبطال الباطل، وهذا هو شرع الله.

وأما مايستحيل إثباته بكتابة تتخذ حجة على المدين وقت حصوله كحوادث الحريق والغرق وسقوط الجدران والمصادمات المفاجئة والجنايات الفعلية كالقتل والضرب والسب ونحو ذلك مما تترتب عليه مؤخذات فى نظر الشرع والقانون كليهما فالضرورة قاضية باثبات ذلك بالشهادة وبالقرائن وبالمعاينة المادية والفنية. على أنه قد توجد موانع مادية أو أدبية أو بحكم العادة يعتبرها القانون معفية الدائن من إثبات ماله من الحق بالكتابة عند امكان ذلك فى ذاته استثناء من الاصل لتلك الإعتبارات أو لإعتبارات أخرى تجعل الدائن والمدين فى حل من التوثيق بالكتابة.

وكذلك المعاملات التجارية بين التجار فإن المطلوبات فيها تثبت بشهادة الشهود.

كذلك إذا كان مقدار الدين قليلاً والغرض هو عدم مضايقة المدين بتقديم مستند كتابى للمبالغ القليلة التى لايطمع فيها عادة وليست من الأهمية بحيث يجب لاثباتها الكتابة بل يكتفى فى ذلك بالشهادة.

والحاصل أن الأصل فى إثبات الحقوق فى المحاكم القانونية هو الكتابة فكلما أمكن ذلك لايعدل عنها إلا فيما استثناه القانون من المطلوبات القليلة القيمة، وقد اختلفت القوانين فى قدر هذا القليل وقد يتغير المقدار تبعاً لتغير الأحوال وعلى كل حال فالتقدير تحكمى كغيره من سائر التقديرات الإجتهادية. والغرض هو موازنة المصالح والتسهيل على الناس فى معاملاتهم وتشريع ماهو الأصلح لهم فى جملته بالقدر المستطاع. ومن أجل ذلك أيضاً إستثنيت المسائل التجارية، ثم إستثنى منها

ماإستثنى لما أسلفنا. وكذا حالات الضرورة إذ العدل يقضى بأن الضرورات تبيح المحظورات فى حالة السعة. وقد تتعاون الكتابة والشهادة، أو الكتابة واليمين، أو الشهادة واليمين، وقد تعتبر الكتابة قرينة فتعضدها الشهادة.

وفى المحاكم الشرعية الأصل هو إثبات الحقوق بالشهادة لكن إستثنى واضع اللائحة من هذا الإصل مانص عليه فى المواد ٩٨ و٩٩ و١٢٩ و١٣٧ (٢) وخيراً فعل، واعتبر الكتابة بنوعيها ـ رسمية وعرفية ـ من الأدلة القائمة بنفسها وأجاز الشهادة على النفى بازاء الشهادة على الاثبات. وترك للقاضى الترجيع بينهما. وهذه خطوات فى الاصلاح واسعة جدا اقتربت بها محاكم الشرع من محاكم القانون، ومن الأمور المفروغ منها أن كل ماهو عدل فهو شرع الله، وأن معاملات الناس قد نظر فيها الى جانب المصلحة الراجحة وليس فى عالم الممكنات ماهو خير محض إلا الإيمان بالله. وليس فيه ماهو شر محض إلا الكفر بالله، وما سوى ذلك فهو مزيج من الخير والشر.، ومن المصلحة والمفسدة، فما غلبت مصلحته على مفسدته وخيره على شره شرعه الله للناس وأمرهم به أو أباحه لهم ، وماغلب شره على خيره ومفسدته على مصلحته حظره عليهم وكرهه لهم. هذا هو شرع الله الذى لاشك ولاريب فيه، عرفه من هداه الله وشمله بتوفيقه، وجهله من لم يوفقه الله لمعرفته، وبعد فانظر قواعد الشيخ عز الدين بن عبدالسلام الشافعى ورسالة المصالح المرسلة للطوفى الحنبلى ففيهما مصداق ماقلته هنا والله الهادى إلى سواء السبيل.

---

(٢) إلغيت المادة ١٢٩ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

وقد إلغيت باقى مواد اللائحة الشرعية والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

الفرع الثانى

قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

بإصـــــدار

قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى

فى مسائل الأحوال الشخصية

نظم القــانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بعض إجــراءات التقـاضى وبـعض الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية، المتعلقة بالنفس والمال.

وقد إشتمل القانون على ٧٩ مادة وتضمن قانون الإصدار ستة مواد وأضيفت إلى مواد القانون مادة كما أضيف بنـــد إلى مادة أخرى بموجب القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

وسأتناول بالبحث ما يتعلق منها بقواعد الإثبات فى مسائل الولاية على النفس.

وقد نصت المادة الرابعة من قانون الإصدار على أن «تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١. ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥، ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧، كما يلغى كل نص يخالص أحكام القانون المرافق».

ونصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإصدار على أن «تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات».

ونصت باقى فقرات المادة الأولى على الإجراءات التى يختص بها قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة وهى من إجراءات المرافعات.

وقضت المادة الثانية من قانون الإصدار بأن على المحاكم أن تحيل ما لديها من دعاوى أصبحت من إختصاص محاكم أخرى.

ونصت المادة الثالثة من القانون رقم ١/ ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية. على أن:

«تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها. ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة.

ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقاً لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام».

وتطبيقاً لأحكام هذه المادة فإن الأصل العام بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية أن تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية المعمول بها وما لم يرد بشأنه نص فيها تصدر الأحكام طبقاً للرأى الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة (المذهب الحنفى).

أما الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات فيتبع فيها قواعد قانون الإثبات إعمالاً للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإصدار.

واستثناء من هذه القاعدة تصدر الأحكام فى المنازعات بين المصريين غير المسلمين متحدى الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ - طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام.

وإذ نصت المادة الرابعة من قانون الإصدار على أن «تلغى .... ويلغى .... ، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، .... كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق».

وقد كانت المادة ٦ من القانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥، تتضمن مضمون نص المادة الثالثة من قانون الإصدار المشار إليها أنفاً.

وكانت المادة ٧ من القانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ تنص على انه «لا يؤثر فى

تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى .... ولما كان القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد ألغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ برمته.

ومن ثم فإنه إعمالاً لنص المادة ٣ من قانون الإصدار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فإنه تطبق أحكام قوانين الأحوال الشخصية والرأى الراجح من المذهب الحنفى إذا لم يوجد بها نص - على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين إلا إذا كان طرفى الخصومة من المصريين غير المسلمين متحدى الطائفة والملة وكانت لهم جهات قضائية منظمة حتى ٣١/ ١٢/ ١٩٥٥ فتطبق عليهم أحكام شريعتهم بما لا يخالف النظام العام، وبشرط استمرارهم وبقائهم متحدى الطائفة والملة لحين الفصل النهائى فى الدعوى (إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد قانون الإصدار المشار إليها).

وإذا حدث أن غير أحد أطراف الخصومة ملته أو طائفته إلى ملة أو طائفة أخرى تخالف ملة أو طائفة الطرف الآخر (لا تتحد معها) قبل الفصل فى الدعوى فإن الدعوى بذلك لا يتوافر فيها الشروط الواجب توافرها والتى استلزمتها الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون الإصدار وهو شرط إتحاد الطائفة والملة وبالتالى فتخرج عن تطبيق الاستثناء المنصوص عليه فيها وتطبق عليها الأحكام العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة.

ذلك أن المادة ٤ من قانون الإصدار ألغت القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى كانت المادة السابعة منه تنص على ان لا يؤثر تغيير الملة أو الطائفة أثناء نظر الدعوى على تطبيق قانون ملة الطرفين وقت رفع الدعوى.

وقد كان مشروع القانون يتضمن مثل هذا النص (فى فقرة ثالثة من المادة الثالثة) من أنه لا تأثير على تغيير الطائفة أو الملة أثناء نظر الدعوى على القانون الواجب التطبيق ولكن حذفت هذه الفقرة من المادة وصدر القانون خلواً منها.

وذلك تطبيقاً لقاعدة مقررة من أن تغيير الدين يترتب عليه أن يستمتع الشخص بجميع الحقوق التى يخولها له الدين الجديد، وهى القاعدة المقررة أيضاً فى حالة تغيير الجنسية والتى أخذ بها المشرع المصرى فى المادة ١٣ / ٢ من القانون المدنى.

وعلى ذلك وطبقاً للقواعد العامة فإن تغيير الملة أو الطائفة أثناء نظر الدعوى يخرج الخصومة من التطبيق الاستثنائى المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الإصدار، إذ أن ما تضمنته من استثناء من صدور الأحكام من مواد الأحوال الشخصية طبقاً لشريعة طرفى الخصومة من المصريين غير المسلمين شرطه وجوب إتحاد الطائفة والملة بين طرفى الخصومة منذ إقامة الدعوى لحين الفصل فيها نهائياً.

ومن ثم وبالتالى فإن تغيير الطائفة والملة أثناء نظر الدعوى وقبل الفصل فيها نهائياً بحكم قطعى يخرج الدعوى عن التطبيق الاستثنائى المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون الإصدار إلى الأصل العام وتطبق الفقرة الأولى من تلك المادة عليها.

ذلك حتى لو حدث تغيير الطائفة أو الملة أثناء نظر الاستئناف عن الحكم الصادر من محكمة أول درجة وقبل الفصل فيه بحكم منه للخصومة.

أما إذا حدث تغيير الطائفة أو الملة بعد صدور الحكم الاستئنافى. وقبل أو أثناء نظر الطعن على الحكم بطريق النقض. فإنه لا يصلح سبباً للطعن على الحكم بطريق النقض. إذ لا تأثير لهذا التغيير بعد صدور الحكم النهائى، على القانون الذى كان واجب التطبيق على الدعوى إلى حين صدور حكم منه للخصومة فيها، إذ تكون محكمة الاستئناف قد طبقت القانون الواجب التطبيق.

ولكن إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم لسبب آخر غير تغيير الملة أو الطائفة كبطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم مثلاً أو خطأ فى تطبيق القانون الذى كان واجباً تطبيقه، وأحالت الدعوى إلى محكمة الاستئناف، فى هذه الحالة، تطبق القاعدة العامة والفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الإصدار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وكذا فى حالة ما إذا كانت الدعـوى دعوى طلاق أو تطليق أو فسخ عقد الزواج أو بطلانه، فـفى هذه الحالة فـإن محكمـة النقض إذا نقضت الحكم فـإنها تفـصل فى موضـوع الدعـوى إعمالا لـلمادة ٦٣/ ٣ من القـانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وفى هذه الحالة تفـصل محكمة النقض فى الدعـوى كمحكمة مـوضوع ويكون عليهـا تطبيق الفـقرة الأولى من المادة الـثالثـة من قانـون الإصدار، وعـدم تطبـيق الاستـثناء الوارد بالفقرة الثانية منها.

ذلك أنه بمجـرد قضـاء محكمـة النقض ينقض الحكم الاسـتئنافى تزول قـوة هذا الحكم الأخير وتصـبح الدعوى كأنها لم يصدر فيـها حكم نهائى بعد، فيكون تغـيير الخصـم لطائفتـه أو ملته قـد حدث قـبل صدور الحكم النهـائى فى الدعوى ويتـعين الاعتداد به وتطبيق الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشار إليه.

ومن المناسب الإشارة هنا إلى ما نصت عليه الفـقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم بعض أوضـاع وإجراءات التـقاضى فى مـسائل الأحـوال الشخـصية الـصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتى جرى نصها على أن:

«ولا تقـبل دعـوى الطلاق بين الـزوجين مـتـحدى الـطائفـة والملة إلا إذا كـانت شريعتهما تجيزه».

وهذا النص غاير وخالف ما كان منصوصاً عليه بالفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية التى ألغاها هذا القانون والتى كانت تنص على أن:

«ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق».

وكـان مفـهـوم نص المادة ٩٩/ ٦ وعلى ما جـرى به قـضاء مـحكمـة النقض أنه يشترط أن يكون طرفى الخـصومة يدينان بالطلاق فإن كـان أحدهما لا يدين بالطلاق فلا تسمع دعوى الطلاق(١) وألغى هذا النص بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وجاء نص الفقرة الأخـيرة من المادة ١٧ من القانون المذكور مخالفـا فى الصياغة

(١) الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٠/ ٤/ ١٩٨٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٥ ص ٩٥٩.

والمضمـون للنص الملغى فقـد تكلم النص الحالى عـن دعوى التطليق فى حـالة اتحاد الطائفة والملة لطرفى الخصومة وقال إنها تقبل إذا كانت شـريعتها تجيزه ومفهوم ذلك أن دعوى التطـليق لا تقبل إذا كان طـرفى الخصومـة متـحدى الطائفة والمـلة وكانت شريعتهما لا تبيح الـطلاق ولا تجيزه، وغاير النص الملغى الذى كان يستلزم أن يكون طرفى الخصومة يدينان بالطلاق والمشرع إذ يستبـدل نصاً بآخر فإنه يعنى تغيير الحكم السابق إلى مـا احتـواه النص الجديد. وعلى ذلك إذا كـان طرفي الخصومـة متـحدى الطائفة والملة وتدين شريعـتهما بالطلاق فإن دعوى الطلاق تسـمع وكذلك الحال لو كان طرفى الخـصومة غيـر متحدى الطائفـة والملة فإن دعوى الطلاق تسـمع ولو كان أحـدهما لا يدين بالطلاق وذلـك تطبيـقا للقـواعـد العامـة بتطبـيق أحكام الشريعـة الإسلامية على هذه الدعوى إعمـالا للفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقـم ١ لسنة ٢٠٠٠ فالأصل هو القبول والاستثناء هو المنع.

وبالتالى فإن المنع من قبول دعوى الطـلاق يقتصر على حالة واحدة هى أن يكون طرفى الخصومة متحدى الطائفة والملة ولا تجيز شريعتهما الطلاق.

والقـول بغيـر ذلك يخـالف النص الحالى الذى عَـدَلَ عمـا كـان يشتـرطه النص السابق من وجـوب أن يدين طرفى الخصومـة عند اختلاف الطـائفة أو الملة بالطلاق. ذلك أنه فى حالة مـا إذا كان أحد طرفى الخـصومة يديـن بالطلاق والطرف الآخر لا يدين بالطلاق فكان الـنص السابق يمـنع من سمـاع دعـوى التطليق وفى هذا إضـرار بالطرف الذى يدين بالطلاق أمـا النص الحالى فإن المنع فـيه طبـقاً لمفهـومه يكون فى حالة اتحاد الطائفة والملة وأن تكون شريعتهما لا تبيح الطلاق فهذه هى شريعتهما ولا يضار أحد منهما من ذلك، أما إذا كانا مخلتفى الطائفة أو الملة فإن القانون المطبق هنا هو الشريعة الإسـلامية وهى تبيح الطلاق وتجـيزه كقاعدة عامـة من النظام العام وإنه وإن كان أحد طرفـى الخصومة لا تجيـز شريعة الطلاق فلا يضـار الطرف الآخر الذى تجيـز شريعة الطلاق والـتى تتفق مع القواعـد العامة فى الـشريعة الإسـلامية الواجـبة التطبيق فى هذه الحالة وتطبيقا للقاعدة الشرعية بإزالة الضرر الأكبر بالضرر الأخف.

من إرغام طالب أو طالبة التطليق من البقاء فى زواج لا يطيـقه رغم أن شريعته تجيزه وكذا الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية تُبنى الأحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان بحث القاضى جديتها أو بواعثها ودواعيها غير جائز(٢)

- تغيير الطائفـة أو الملة. يتصل بحرية العقيدة تمامه بإبداء الرغبة فى الانتماء إلى الطائفة أو الملة الجديدة وقبول الانضمام إليها من رئاستها الدينية المعتمدة (٣).

- تطبيق أحكام الشريعـة الإسلامية على غير المسلمين. مناطه. اختلاف الطرفين فى الملة أو الطائفة (٤)

الأحكام التى يتـعين على المحـاكم تطبـيـقـها فى المنازعات المتـعلقـة بالأحـوال الشخـصية للمـصريين غير المسلمين المتحدى الطائفـة والملة. ماهيتـها. هى الأحكام الموضوعـية فى الشريعة الخـاصة الواجبـة التطبيق. الإجراءات الخاصـة بدعوة الزوج زوجته للدخـول فى طاعته واعتراضـها على ذلك أمام المحكمة الابتدائيـة وفقا لنص المادة ١١ مكرراً، ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩. من قـواعد الاختصاص

---

(٢) الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/ ١٢/ ١٩٩٨). مجلة القضاء السنة ٣١ ص ٦٣٣.

، الطعنان رقمـا ٣٦ لسنة ٦١ ق، ١٥٤ لسنة ٦٣ ق «أحوال شخصـية» «هيئة عـامة - جلسة ٢٥/ ١٢/ ١٩٩٥) مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص ١٠٣٧.

، الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٣/ ٦/ ١٩٩٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص ٨٦٠.

(٣) الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٦/ ٨/ ١٩٨١ مجلة القضاء السنة ٣٠ ص ٥٢٤.

، (الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦١ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٦/ ١/ ١٩٩٦

، الطعن رقم ٤٠ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٧/ ١١/ ١٩٩٥.

(٤) الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٦٤ قضائية - أحوال شخصية جلسة ١٦/ ٢/ ١٩٩٨) مجلة القضاء السنة ٣٠ لسنة ٥٢٤.

، الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٨/ ١/ ١٩٩٦.

ومسائل الإجراءات مؤدى ذلك. سريانها على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها(٥).

وقد نصت المادة الأولى من القانون على أن:

«تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى».

أى أن تحسب بالسنوات الشمسية ولا تحسب بالتقويم الهجرى (السنوات القمرية). وذلك توحيداً للإجراءات وتيسيراً لها.

ونصت المادة الثانية من القانون على أن:

«تثبت أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية.

وينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ممثله القانونى، فإذا لم يكن له من يمثله أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضى بالمخالفة لرأى ممثله أو فى مواجهته عينت المحكمة له وصى خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير».

وبذلك حددت سناً معيناً وثابتاً لجميع الأفراد. وألغت ما كان عليه العمل من أن الأهلية كانت تثب بالبلوغ، وهو أمر غير ظاهر ويختلف من شخص لآخر. إن شاء الصغير قرر بالبلوغ أو أنكر.

وتكلمت المواد ٣، ٤، ٥، ٦ من القانون عن قواعد من إجراءات المرافعات. بين طريق رفع الدعوى والرسوم ونظر الدعوى وحضور النيابة العامة فيها.

ثم أفردت المادة (٧) السابعة حكماً بعدم قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به عند الإنكار بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية حازمة تدل على صحة الإدعاء.

---

(٥) الطعن رقم ٢٨ لسنة ٦٤ قضائية - أحوال شخصية جلسة ١٩/ ٥/ ١٩٩٨) مجلة القضاه السنة ٣٠ ص٥٢٦.

، الطعن رقم ٢٧ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٧/ ١١/ ١٩٩٥.

، الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٩ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٢/ ١٢/ ١٩٩٢مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص١٣٦٧ .

وهو الأمر الذى كان منصوصاً عليه بالمادة ٩٨ من اللائحة الشرعية الملغاة(١).

ثم تكلمت المادة (٨) الثامنة عن عدم قبول الدعاوى المتعلقة بالوقف وشروطه وكل ما يتعلق به من استحقاق وتصرفات وخلافه، ما لم يكن الوقف ثابتاً بإشهاد ومشهر وفقاً لأحكام القانون. أو بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة وهو ما كان منصوصاً عليه بالمادة ١٣٧ من اللائحة الشرعية(٦).

وقد نص القانون فى الباب الثانى منه فى المواد من ٩-١٥ على مسائل إجراءات ومرافعات بشأن إختصاص المحاكم النوعى والمحلى وإختصاص المحاكم الجزئية والابتدائية وما هو من الأحكام قابل للإستئناف وما تصدره المحاكم من أحكام نهائية، وذلك بالنسبة لكل من الولاية على النفس والمال.

وقد خصص القانون الباب الثالث لرفع الدعوى ونظرها فنصت المادة ١٦ على أن «ترفع الدعوى فى مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليه فى قانون المرافعات المدنية والتجارية».

ونصت المادة ١٧ على أن «لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى.

ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة.

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه».

وهذا النص فى شقيه الأول والثانى يحتوى ماكان منصوصاً عليه بالمادة ٩٩ من

---

(٦) راجع شرح المادتين ٩٨، ١٣٧ من اللائحة وأحكام محكمة النقض المشار إليها بالفصل الثالث عشر من الباب الأول .

اللائحة الشـرعية(٧)، عدا الشق الثـانى الخاص بقبول دعـوى التطليق أو الفسخ دون غيرهما إذا كان ثابتاً بأى كتابة .

أما بالنسبـة إلى الفقرة الأخيـرة من المادة فقد سبق التعليق عليـها عند الكلام عن المادة الثالثة من قانون الإصدار(٨) .

وقبل التعليق على الشق الثانى من الفقرة الثانية من المادة ١٧ المشار إليها نبدأ بهذا التمهيد .

الجديد فى هذا الشق ، أنه أعاد إلـى الحياة حكماً قديماً بقـبول دعوى التطليق وإن لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، كان قد تم إيقاف العمل به وعدم سماع الدعاوى الناشئة عن عـقد الزواج غير الثابت بوثيقـة رسمية بصدور اللائحة الشـرعية فى سنة ١٩٣١، لما رأوه فى ذلك الوقت. وقـد جـاء فى المذكـرة الإيضاحيـة للائحـة ترتيب المحـاكم الشرعـية أنه، وقـد يدعى بعض ذوى الأغـراض، الزوجيـة زورا وبهتـاناً أو نكاية وتشهيراً أو ابتغاء غرض آخر اعتماداً على سهولة إثباتها بالشهود خصوصاً وان الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فى الزواج.

وقد تُدَّعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبت صحتها مرة لا تثبت مرراً. وما كان لشئ من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائماً بوثيقة رسمـية كما فى عقود الرهن وحجج الأوقاف وهى أقل منه شأناً وهو أعظم منها خطرا.

فحـملا للـناس على ذلك وإظهارا لشـرف هذا العقـد وتقديسـاً له عن الجـحود والإنكار ومنعاً لهذه المفاسد العديدة وصيـانة الحقوق واحتراماً لروابط الأسرة زيدت الفـقرة الرابعـة فى المادة ٩٩ التى نصهـا «ولا تسمع عند الإنكـار دعوى الزوجـية أو الإقـرار بها إلا إذا كـانت ثابتة بوثيـقـة زواج رسمـية فى الحـوادث الواقعـة من أول أغسطس سنة ١٩٣١». وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند

---

(٧) راجع ما تقـدم شرح المادة ٩٩ من اللائحة الشـرعية وأحكام مـحكمة النقض المشـار إليها، بالفـصل الثالث عشر من الباب الأول .

(٨) راجع ما تقدم حالاً ص٣٨٦ وما بعدها .

الانكار فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ بدون وثيقة رسمية فى حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة. ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها طبقاً للمادة ١٣٢ كالقاضى والمأذون فى داخل القطر وكالقنصل فى خارجه».

وبصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فقد استحدثت الفقرة الثانية من المادة - ١٧ فى شقها الأخير حكماً جديدا بقبول دعوى التطليق - عند الإنكار - وإن لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

وقد كان الأولى بالقانون ألا يأخذ بأيدى العابثين به والمستهترين بأحكامه وان يضرب على أيديهم، كى لا يتمادوا فى مخالفتهم للقانون وأن يتحمل مخالف القانون جزاء مخالفته.

إلا أن القانون رأى رأفة بهن أن يجيز لهن أن يخرجن من قيود الزواج العرفى (غير الثابت بوثيقة رسمية) وأن تقبل منهن دعوى التطليق أو الفسخ إذ كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

والأصل أنه لا يشترط لصحة الزواج شرعاً أن يكون مسجلاً أو مكتوباً على يد مأذون أو موثق أو غيره.

بل الزواج جائز شرعاً متى استوفى شروطه والدعوى به مسموعة حال حياة الزوجين وبعد وفاتهما.

هذا من ناحية الشرع فالزواج يثبت بطرق الإثبات العامة من إقرار وبينه ونكول.

أما من ناحية النظام فإن من القواعد الشرعية:

أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضاته عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع.

وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك وأقروا هذا المبدأ فى أحكام كثيرةواشتملت لوائح سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠ وسنة ١٩٣١ للمحاكم الشرعية على

كثير من مواد التخصيص وخاصة فيما يتعلق بدعوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما.

وألف الناس هذه القيود الواردة بها واطمأنوا إليها بعد أن تبين ما لها من عظيم الأثر فى صيانة حقوق الأسر.

وترتيباً على ذلك فإن الممنوع من السماع من دعاوى الزوجية اعتبارا من أول أغسطس سنة ١٩٣١. ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية - وعند إنكار الزوجين أو أحدهما - هى دعوى الزوجية المجردة وما يترتب عليها. أما إذا كانت الدعوى متميزة عن دعوى الزوجية فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات الشرعية.

أما إثبات الرجعة فهى ليست إنشاء لعقد جديد بل امتداد للزوجية القائمة وإذ تكون الرجعة بالقول - أو بالفعل ولم يشترط الإشهاد عليها فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات الشرعية.

وإذا كانت الزوجية غير منكره من طرفيها واستوفت شرائطها القانونية فتسمع جميع دعاوى الزوجية، دون اشتراط عقد موثق.

وإذا أقر الزوجان بالزوجية فى مجلس القضاء واستوفى الإقرار شروط صحته قانوناً، فيقوم مقام الوثيقة الموثقة - ولا يقبل من أحد من الزوجين إنكار الزوجية بعد ذلك.

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن «تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه، أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات».

كما نصت المادة ٣/ ١ منه على أن «تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها. ويعمل فيها لم يرد بشأنه نص خاص فى تلك

القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة».

وبعد سرد هذا التمهيد اللازم للدخول فى الموضوع نستطرد فى موضوع البحث.

عند إقامة دعوى من امرأة على رجل تدعى أنه زوجها وأنه تزوجها بصحيح العقد الشرعى المستوف لشروطه وأركانه الشرعية وانه لم يحرر بهذا الزواج وثيقة رسمية وأن بيدها دليل كتابى على هذا الزواج وإنها تطلب التطليق عليه لأسباب هى كذا وكذا ....

ملحوظة هامة: إذا لم يكن الزواج المدعى به مستوفياً لشرائطه وأركانه الشرعية فليس بها حاجة إلى اللجوء إلى القضاء بطلب التطليق لأنه يكون عقداً باطلاً ويجب التفريق بينهما فوراً وعليها أن تفارقه من تلقاء نفسها.

وعلى ذلك فإذا أقامت المدعية دعواها بطلب التطليق فإن المدعى عليه قد يحضر أو يتخلف عن الحضور أمام المحكمة ويندرج تحت ذلك الصور الآتية:

الصورة الأولى: أن يحضر المدعى عليه أمام القضاء ويقر بالزوجية وهنا لا توجد مشكلة إذ تكون دعوى الزوجية مقراً بها وغير منكرة وتسير المحكمة فى اجراءاتها كإجراءات الدعوى الثابتة بوثيقة رسمية.

الصورة الثانية: أن ترفع المدعية دعواها بطلب التطليق وتقدم وثيقة عرفية أو أية كتابة تستند إليها فى إثبات الزواج.

وتحت هذه الصورة عدة فروض:

الفرض الأول: أن يحضر المدعى عليه وينكر الزواج ويقرر أن الورقة أو الدليل الكتابى المقدم من المدعية لا يفيد زواج وهنا يكون الأمر متروك لتقدير المحكمة بتفسير عبارات المحرر العرفى وما إذا كان يعتبر زواجاً شرعياً من عدمه. فإن كانت لا تفيد زواجاً اعتبرت الدعوى بلا دليل ويتعين القضاء بعدم قبولها.

أما إذا كانت تفيد زواجاً أعتبرت مستنداً فى الدعوى ويندرج ذلك تحت الفرض الثانى الآتى :

الفرض الثانى: أن يحضر المدعى عليه وينكر الزواج ولا ينكر الورقة العرفية

المقدمة من المدعية. وفى هذه الحالة تعتبر هذه الورقة حجة عليه إعمالاً للمادة ١٤ من قانون الإثبات.

الفرض الثالث: أن يحضر المدعى عليه وينكر الزواج وينكر الورقة العرفية المقدمة من المدعية أو يطعن عليها بالتزوير.

وهنا نجد أن المشرع أراد التوسعة على المتزوجات بعقود عرفية فى طلب التطليق للخروج من قيود زوجية لا يستطعن المطالبة بحقوقهن الزوجية فيها. وهذا التيسير لم يقصد به الخروج عن القواعد الأصلية الأساسية فى المرافعات والإثبات إلا بقبول دعوى التطليق أو الفسخ إذا لم تكن ثابتة بوثيقة رسمية وإنما ثابتة بأية كتابة.

وهنا يجب أن يشترط فى هذه الكتابة ما تضمنه قانون الإثبات من قواعد بالنسبة للمحررات العرفية فيجب أن تكون الورقة محررة بخط المدعى عليه أو موقعا عليها بإمضائه أو ختمه، وأن لا ينكرها، فإن أنكرها أو طعن عليها بالتزوير فيجب إتباع الإجراءات التى حددها قانون الإثبات فى هذا الشأن. فإن لم تثبت صحة المستند العرفى قضت المحكمة بعدم قبول دعوى التطليق. وإن ثبت صحته، فإنى أرى هنا أن لا تقض المحكمة بصحة المستند ولا تقض كذلك برفض دعوى التزوير أو الإنكار - وإلا فإنها تكن قد قضت بصحة عقد الزواج وإثباته رسمياً - ولا تقض أيضاً بقبول الدعوى لأنها إن قضت بقبول الدعوى، ثم أخفقت المدعية فى إثبات مبررات الطلاق، فإن المحكمة لا يكون أمامها إلا القضاء برفض الدعوى لأنها قضت بقبولها - وتكون بذلك قد فصلت فى مسألة أولية كلية شاملة وهى أن هناك زواج قائم بين المدعية والمدعى عليه وان الزوجية لازالت مستمرة لأن المحكمة رفضت دعوى التطليق، وبذلك تكون قد فصلت فى صحة الزواج وإثباته بوثيقة رسمية، هى حكم المحكمة كما سيأتى بيانه قريباً. وإنما تقض مجرداً بالاستمرار فى نظر الدعوى، وتسير فى إجراءاتها طبقاً للإجراءات القانونية.

الصورة الثالثة: أن لا يحضر المدعى عليه، وفى هذه الحالة وطبقاً للقاعدة الشرعية - لا ينسب لساكت قول - فإن المدعى عليه يعتبر انه منكراً دلالة، وتسرى على

الدعوى الأحكام السابق بيانها.

فإذا انتهت المحكمة من هذه الإجراءات الشكلية وقررت الاستمرار فى نظر الدعوى، فماذا يكون على المحكمة بعد ذلك.

هل يكفى مجرد طلب التطليق وسكوت المدعى عليه أو عدم حضوره يكفى لإجابة المدعية إلى طلبها، أو أن عليها أن تستند إلى مبرر شرعى يبيح لها طلب التطليق.

هنا يجب على المدعية طالبة التطليق ان تؤسس دعواها على مبرر أو سبب شرعى يبيح لها طلبها، وإلا نكون قد خالفنا القواعد الشرعية، إذ الزواج الشرعى سواء أكان ثابتاً بالمشافهة أو بأية كتابة أو وثيقة رسمية هو زواج شرعى متى استوفى شرائطه وأركانه الشرعية، أحكامه لا تختلف باختلاف طريقة إثباته. الحقوق فيه ثابتة بمجرد انعقاده وإن كان بعض هذه الحقوق لا يستطاع الجبر على تنفيذها، لعدم قبول الدعوى لعدم توفر دليل الإثبات وليس لعدم وجود الحق.

والزواج الشرعى لا تنفصم عراه، إلا بتطليق الزوج زوجته، أو باختيارها نفسها إذا كانت مفوضة بالطلاق، أو باتفاق الزوجين على الخلع أو المبارأة، أو تطليق القاضى للزوجة على زوجها إن كان له ما يبرره شرعاً للأسباب التى قررتها قوانين الأحوال الشخصية، من توافر ضرر لحق بالزوجة أو برغبتها فى افتداء نفسها بالخلع.

وعلى ذلك فإذا قررت المحكمة السير فى دعوى التطليق المقامة من الزوجة التى أثبتت زواجها بأية كتابة، فإن عليها أن تراعى الاجراءات والقواعد التى نصت عليها القوانين ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ١ لسنة ٢٠٠٠.

ومن ثم فإن على المحكمة إعمالا لنص المادة ١٨/ ٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وان تعجز عن ذلك. وهنا تثور مشكلة لطيفة كيف تعرض المحكمة الصلح على المدعى عليه إن كان منكرا للزواج، ولكن عليها ذلك إعمالا لصريح القانون وذلك لأن المحكمة بتقريرها الاستمرار فى نظر دعوى التطليق يعتبر رفضا ضمنيا لإنكار الزوج الزوجية.

وبعد ذلك تستمر المحكمة فى نظر دعوى التطليق وفقاً للإجراءات القانونية اللازمة لتحقيق الضرر المدعى به، فإذا ثبتت دعوى المدعية قضت المحكمة بتطليقها على المدعى عليه.

أما إذا لم تتمكن المدعية من إثبات دعواها، فأرى هنا، أن تقض المحكمة بعدم قبول الدعوى لا برفضها.

ذلك انه لو قضت المحكمة برفض دعوى المدعية - طالبة تطليقها على المدعى عليه - فإنها تكون قد قضت ضمنا وفصلت فى مسألة أولية كلية شاملة أن المدعية زوجة للمدعى عليه وانه لم يتحقق الضرر الذى تطالب من أجله بتطليقها عليه ورفض طلب التطليق يفيد أن الزوجية قائمة ومستمرة بين المدعية والمدعى عليه وبالتالى يحق للمدعية أن تطالب بحقوقها كزوجة، فإن بيدها ورقة رسمية هى حكم قضائى قضى ضمنا بقيام الزوجية، إذ نوقش فى الدعوى قيام الزوجية وثبت قيامها واستمرارها بالقضاء برفض طلب التطليق.

ذلك حتى لا تمكن من بيدها وثيقة زواج عرفى أو أية كتابة دالة على الزواج من إثبات هذا الزواج بصفة رسمية بحكم قضائى. بأن ترفع دعوى بطلب التطليق للضرر مثلا... ثم تحضر شاهدا واحدا أو يشهد بشهادة سماعية فتصدر المحكمة حكما برفض طلب التطليق فتحصل على قضاء ضمنى بصحة الزواج ثم تطالب بالحقوق الزوجية.

أما القضاء بعدم قبول الدعوى فهو ما يتفق وصحيح القانون ذلك أن الاستثناء فى قبول الدعوى بغير وثيقة رسمية هو للحكم بالتطليق فإن لم يحكم بالتطليق تخرج الدعوى عن الاستثناء وتكون غير مقبولة.

هل للزوجة أن تطلب التطليق - للزواج بأخرى - إذا كان الزواج الثانى ثابتاً بأية كتابة؟

جرى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أن تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

والمقصود من هذا الشق أن الزوجة التى لم يثبت زواجها بوثيقة رسمية، ليس لها من الحقوق الشرعية الناتجة عن عقد الزواج سوى طلب التطليق أو الفسخ - حسب الأحوال - إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

ومفاد هذا أن للزوجة المتزوجة بدون وثيقة رسمية وأثبتت زواجها بأية كتابة أن تطلب التطليق على زوجها لزواجه بزوجة أخرى ثابت زواجها بوثيقة رسمية فهل يقبل العكس؟؟

أى أن تقبل دعوى الزوجة المتزوجة بوثيقة رسمية التطليق على زوجها لزواجه بزوجة أخرى ثابت زواجها بأى كتابة وليس بوثيقة رسمية؟

المنطق والعدل يقتضى المساواة بين الزوجتين وصراحة النص لا تمنع ذلك.

ذلك أن النص قد جاء عاماً يجيز قبول دعوى التطليق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

ونظراً لعموم النص فلا يجوز قصره على الزوجة طالبة التطليق وحدها ذلك ان النص لم يقرر أن للزوجة التى يثبت زواجها بأية كتابة أن تطلب التطليق على زوجها، بل جاءت عبارة النص عامة غير مقيدة بشرط أو قيد تجيز قبول دعوى التطليق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة، ولم يقصر النص حكمه على الزواج الذى تطلب طالبة الطلاق التطليق منه أو التطليق بسببه، ولذلك فإن النص يكون قد جاء بحكم عام وهو أن تقبل دعوى التطليق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

وعلى ذلك فإن دعوى التطليق - للضرر، لزواج الزوج بزوجة أخرى - تكون مقبولة، إذا كان زواج طالبة التطليق ثابتا بأية كتابة أو بوثيقة رسمية لزواج الزوج بزوجة أخرى، أثبت زواجها بوثيقة رسمية أو بأية كتابة ذلك لعموم النص بقبول دعوى التطليق إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة.

وقد كان مثل هذه الدعوى لا تقبل (لا تسمع) قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ذلك انه كان يشترط لسماع دعاوى الزوجية ومن بينها دعاوى التطليق أن يكون الزواج ثابتا بوثيقة رسمية وهو ما كان قد استقرت عليه أحكام محكمة النقض.

أما الآن وبعد صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الذى أجاز قبول دعوى التطليق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة. أرى أنه أصبح يجوز للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها للضرر لزواجه بأخرى ثابت زواجها بأية كتابة.

وقد جاء نص المادة ١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بمبدأ عام بإلزام المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم.

«تلزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم ..».

وعلى ذلك فإن المحكمة ملزمة بعرض الصلح على الخصوم فى جميع دعاوى الولاية على النفس، وإلا تعرض حكمها للبطلان لعموم النص وإلزامه. ومن بين تلك الدعاوى دعاوى النفقات والأجور والمصروفات بجميع أنواعها فضلا عن دعاوى حضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به وكذا دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها.

فإذا كان طرفى الخصومة حاضرين فالمسألة سهلة فتعرض المحكمة عليهما الصلح أما إذا لم يكن أحد الخصوم حاضرا أمام المحكمة، فهنا وطبقا لصريح النص تلزم المحكمة بتحديد جلسة للصلح وإعلان الغائب من الخصوم بها، فإذا تخلف الخصم بعد إعلانه بها بغير عذر عن الحضور فإنه يعتبر رافضا له، أما ان كان تخلفه عن الحضور بعذر فعلى المحكمة تأجيل الدعوى لجلسة أخرى لعرض الصلح عليه.

وقد استلزمت الفقرة الثانية من المادة ١٨ المشار إليها ألا يحكم فى دعاوى الطلاق أو التطليق بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن إتمام الصلح بينهما ولم يوضح القانون كيفية بذل المحكمة لجهدها فى محاولة الصلح، وعلى ذلك يجب أن يكون عرض الصلح جديا تحاول فيه المحكمة بتبسيط نقط الخلاف بين الطرفين، لا أن يكون عرضا شكليا لمجرد إتمام واستيفاء الإجراءات الشكلية قبل الحكم بالتطليق.

وقد استلزم النص (١٨ / ٢) فى شقة الأخير ان يكون عرض الصلح مرتين على

الأقل إن كـان للزوجين ولد، وعلـى ذلك إن كـان قد تـبين للمـحكمـة أثناء عـرض الصلح أمل فى إتمام الصلح بين الطرفين فعليـها ان تمنح طرفى الخصومة فـرصة ثالثة وتعـاود عرض الصلح عليـهـما إن كـان هنا بارقة أمل فى إتمـامه بينهـما والمحكمـة صاحـبة الخيار والتـقدير فى هذا الشأن بشـرط أن تبذل جهـدا فى عرض الصلح وأن تعرضه مرتين على الأقل، إذا كان للزوجين ولد، قبل الحكم بالتطليق.

وهذا الإلزام بعـرض الصلح وتكراره مرتين على الأقل إذا كـان للزوجين ولد - هو واجب على المحكمـة فى جمـيع دعاوى الطـلاق والتطليق، أيا كان سـبب طلب التطليق، سـواء كان لعـدم الإنفـاق، أو الغيـبة، أو لحـبس الزوج، أو الضرر أيا كـان السبب الناتج منه الضرر من إساءة المعاملة أو الهجر أو وجود عيب أو مرض بالزوج أو للزواج بأخرى من أسباب التطليق المنصوص عليها بقوانين الأحوال الشخصية أو قوانين المجالس المليـة (عند إتحاد الزوجين فى الملة والطائفة) أو للخلع إعـمالا للمادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وعـرض الصلح هذا وأجب على المحكمـة سواء أكـانت الزوجيـة ثابتـة بوثيقـة رسمية أو بأية كتابة.

وقد نصت المادة ١٩ من القانون على أنه :

«فى دعاوى التطليق التى يوجب فيهـا القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - فى الجلسة التالية على الأكثـر، فإن تقاعس أيهمـا عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضـور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه.

وعلى الحكمين المثول أمام المحكمـة فى الجلسة التالية لتعـيينهما ليقـررا ما خلصا اليه معـا، فإن اختلفا أو تخلف أيهمـا عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهـما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمـحكمة أن تأخـذ بما انتهى إليـه الحكمان أو بأقـوال أيهمـا، أو بغيـر ذلك مما

تستقيه من أوراق الدعوى».

وقد اشتمل نص المادة ١٩ - والتى تضمنت تنظيم إجراءات ندب الحكمين وأداؤهما مهمتهما فى دعاوى التطليق التى يوجب القانون ندب حكمين فيها - تعديلات هامة - وحسنا فعلت - وغايرت تنظيم ندب الحكمين الذى كان منصوصا عليه فى المواد ٨، ١٠، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ومن ثم فانهما تكون طبقا للقواعد العامة ولما نص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من مواد قانون الإصدار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد ألغت ضمنا ما تتضمنه هذه المواد من أحكام - عدا الفقرة الأخيرة من المادة (١١) - وذلك فيما كانت تتضمنه من إجراءات مطولة وإلزام للمحكمة برأى الحكمين.

وهذه التعديلات الهامة هى :

أولا: اختصار إجراءات ندب الحكمين وتقصير المدة التى يقومان فيها بأداء مأموريتهما وذلك بأن تكلف المحكمة كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله إن أمكن له فى الجلسة التالية على الأكثر، أى يجوز للمحكمة أن تحدد موعد اختيار الحكم وتسمية فى مدة معينة خلال فترة التأجيل قبل الجلسة المحددة.

فان لم يعين أحد الزوجين حكما عنه أو لم يحضر بالجلسة المحددة عينت المحكمة حكما عنه.

ثانيا: اختصار مدة أداء الحكمين لمأموريتهما وقصرها على فترة التأجيل إلى الجلسة التالية فقد أوجبت المادة ١٩/ ٢ على الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا اليه فان اختلفا أو تخلف أحدهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وقد سكتت المادة عن بيان الحكم فى حالة تخلف الحكمين جميعا عن الحضور فى الجلسة التالية.

وهنا للمحكمة الخيار إما أن تمنح الحكمين مهلة أخرى وتخطرهما بذلك. أو أن تستمر فى نظر الدعوى. واستكمال إجراءاتها، ذلك ان رأى الحكمين استشارى وأنه

مجرد دليل فى الدعوى كما سيأتى بيانه حالاً.

ثالثا: وهو الأهم: اعتنق القانون بالنسبة للحكمين مبدءًا هاماً هو ان طريق الحكمين هو الشهادة وليس الحكم، بخلاف ما كان عليه الحال قبل التعديل.

فقد نصت المادة ١٩/ ٣ على أن «للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى».

وعلى ذلك فإن رأى الحكمين - أياً كان رأيهما ولو أجمعا عليه - استشارى وليس ملزما للمحكمة ولها أن تأخذ به، أو بجزء منه، أو تطرحه كلية وذلك حسب ما يتبين لها من أوراق الدعوى ومستنداتهما وهى صاحبة الرأى الأول والأخير عند الفصل فى موضوع الدعوى.

وقد نصت المادة ٢٠ من القانون على ان : «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض».

وبهذا تكون هذه المادة قد قررت حكماً موضوعياً بقبول طلب التطليق على الخلع.

وإن كان هذا الحكم الموضوعى خارج عن نطاق موضوعات الإثبات. إلا أنى أرى أن أتناولها بتعليق سريع موجز. لإيضاح بعض اللبس بالنسبة إليها.

فأقول:

الأصل أن يتم الخلع رضاءً بين الزوجين ذلك لانه يمين من جانب الزوج

ومعاوضه من جانب الزوجة(٩).

وإذا حدث أن تضررت الزوجة وتشاق الزوجان وخافت الزوجة ألا تقيم حدود الله (أى ما تلزم به من واجبات الزوجية) وطلبت من زوجها الخلع أو الطلاق على مال فلم يقبل الزوج ورفض تطليقها.

فهل تستمر الزوجة فى الزوجية متضررة رغم أنفها أم يكون أمامها طريق للخلاص مما يضجرها؟

قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ كان أمامها طريق ملتوى للخلاص من الزوجية وهى أن تقيم دعوى بطلب التطليق للضرر، وإذ لم يثبت ضرر من جانب الزوج إذ لم يخطئ فى حقها وانما هى التى تشاقت وخافت ألا تقيم حدود الله فيحكم برفض الدعوى. ولما كانت لا تستطيع الاستمرار فى الزواج فإنها تقيم دعوى جديدة بطلب التطليق للضرر، وإزاء عدم إثباتها ضرراً من جانب الزوج، تبعث المحكمة حكمين إعمالاً للمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وإذ يثبت للحكمين أنه لا إساءة من جانب الزوج وأن الزوجة هى المتضررة وأنها لا تستطيع إقامة حدود الله، إقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة (مادة ١٠/ ٢).

وقد رأى المشرع إختصارا للإجراءات وتيسيراً على الزوجة التى لا ترغب فى إستمرار الحياة الزوجية رغم عدم وجود إساءة من جانب الزوج ولكنها لا تستطيع البقاء فى الحياة الزوجية معه، ولم يتراضى معها على الخلع أو تطليقها نظير مال.

فقد رأى المشرع إستحداث طريق جديد للتطليق للضرر إذا خشيت الزوجة ألا تقيم حدود الله ورفض الزوج تطليقها ، هو التطليق للضرر على الخلع فنص فى المادة ٢٠ المشار إليها آنفا أن من حق الزوجة أن تطلب التطليق على الخلع، ذلك بأن تفتدى نفسها بأن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وترد عليه الصداق الذى أعطاه لها.

---

(٩) راجع أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للمؤلفين طبعة نادى القضاة سنة ١٩٩٤ ص ٣٥٣ - ٣٦٩ . وكذا طبعة سنة ٢٠٠٣ .

فإذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب التطليق على الخلع استنادا إلى المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فان على المحكمة أن تبذل جهداً فى محاولة الصلح بينها إعمالاً للمادة ١٨ من القانون ، فإن لم توفق فى الصلح ندبت حكمين اعمالاً للمادة ١٩ من القانون، فإن عجزت المحكمة والحكمين عن إتمام الصلح، وقررت الزوجة أنها تبغض الحياة الزوجية وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وتنازلت عن جميع حقوقها المالية الشرعية (١٠) وردت على زوجها الصداق الذى أعطاه لها طلقتها عليه المحكمة.

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ المشار إليها على أنه «ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم».

والشق الأول من هذه الفقرة صحيح شرعاً ذلك أن حضانة الصغار كما أنها حق للزوجة الحاضنة فإنها أيضاً حق للصغار لا يملك أحد التنازل عنه.

أما الشق الثانى فإنه يجوز شرعاً أن يكون مقابل الخلع التنازل عن نفقة الصغار ومعناه أن تتحمل الزوجة نفقة الصغار من مالها الخاص مقابل نقدى للخلع(١١).

ونصت الفقرة الرابعة من المادة على أن : «ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن». وهذا مطابق للحكم الشرعى لأنه طلاق على مال.

ونصت الفقرة الخامسة على أنه : «ويكون الحكم - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن». وهذا من موضوعات المرافعات والبحث فيه خارج عن موضوع الإثبات الذى هو مجال البحث فى هذا المصنف.

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية» بطلب الحكم بعدم دستورية قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والمادة ٢٠ منه قضت بجلسة ١٥/ ١٢/ ٢٠٠٢ برفض الدعوى.

---

(١٠) المرجع السابق ص٣٦٠ وما بعدها.

(١١) المرجع السابق ص ٣٦٥ وما بعدها.

وجاء بأسباب الحكم:

وحيث إن المدعي ينعي علي المادة ٢٠ المطعون عليها مخالفتها للدستور، لمناقضتها لأحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط قبول الزوج للخُلع، فضلاً عن أن ما قررته من عدم قابلية الحكم الصادر بالخُلع للطعن بأي طريق، فيه إهدار لحق التقاضي الذي كفله الدستور للناس كافة.

وحيث انه عن النعي بمخالفة النص الطعين لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - إذ نصت علي أن مباديء الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، فإن مقتضي ذلك أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيماً لشئون العباد، وضماناً لمصالحهم التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وإن كان جائزاً ومندوباً من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولي لولي الأمر، يبذل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويُعمل حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التي لا تضفي قدسية علي آراء أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية للجماعة التي لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، ويكون اجتهاد ولي الأمر بالنظر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، إخماداً للثائرة، وإنهاءً للتنازع والتناحر، وإبطالاً للخصومة، مستعيناً في ذلك كله بأهل الفقه والرأي، وهو في ذلك لا يتقيد بالضرورة بآراء الآخرين، بل يجوز أن يُشرِّع علي خلافها، وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر

المتنازع عليه إلي الله ورسوله، وكان حقاً عليه عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثماً، فلا يُضيّق علي الناس، أو يُرهقهم من أمرهم عُسراً، وإلا كان مصادماً لقوله تعالي «ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج».

وحيث إنه لما كان الزواج قد شُرع - في الأصل - ليكون مؤبداً، ويستمر صالحاً، وكانت العلاقة الشخصية بين الزوجين هي الصلة التي تجعل الحياة الزوجية صالحة فيبقي الزواج بها، لذلك فقد حرص الشارع - عز وجل - علي بقاء المودة وحث علي حسن العشرة، ولكن عندما تحل الكراهية محل المودة والرحمة، ويشتد الشقاق ويصعب الوفاق، فقد رخص سبحانه وتعالي للزوج أن ينهي العلاقة بالطلاق يستعمله عند الحاجة وفي الحدود التي رسمها له الشارع الحكيم، وفي مقابل هذا الحق الذي قرره جل شأنه للرجل فقد كان حتماً مقضياً أن يقرر للزوجة حقاً في طلب التطليق لأسباب عدة، كما قرر لها حقاً في أن تفتدي نفسها فترد علي الزوج ما دفعه من عاجل الصداق وهو ما عُرِفَ بالخُلع. وفي الحالين، فإنها تلجأ إلي القضاء الذي يطلقها لسبب من أسباب التطليق، أو يحكم بمخالعتها لزوجها، وهي مخالعة قال الله تعالي فيها: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون» - الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة - بما مؤداه أن حق الزوجة في مخالعة زوجها وافتداء نفسها مقابل الطلاق قد ورد به نص قرآني كريم قطعي الثبوت، ثم جاءت السنة النبوية الكريمة لتُنزل الحكم القرآني منزلته العملية، فقد روي البخاري في الصحيح عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلي النبي - صلي الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله، ما أنقم علي ثابت في دين ولا خلق، إلا أني أخاف الكفر في الإسلام، فقال رسول الله - صلي الله عليه وسلم -: «أفتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم وأزيد، فقال لها أما الزيادة فلا، فردت عليه حديقته، فأمره،

ففارقهـا. وقد تعددت الروايات في شأن أمر رسول الـله صلي الله عليه وسلم، منها الرواية السابقة ومنها أنه أمره بتطليقها، وفي رواية أخري أنه طلقها عليه، وكان ثابت بن قيس غير حـاضر، فلما عرف بقضاء رسول الله قال: رضيت بقضائه. فالخُلع إذاً في أصل شرعته مـن الأحكام قطعيـة الثبـوت لورود النص عليه في كل من الـقرآن والسنة. أما أحـكامه التفـصيليـة فقد سكت عنهـا العليم الخبـير جل شـأنه - لحكمة قـدرها - وتبعـه الرسول الكريم صلي اللـه عليه وسلم في ذلك، ولذا فـقد اجـتهـد الفقهـاء في شأن هذه الأحكام، فمنهم من ذهب إلي لزوم موافـقة الزوج علي الخُلع، قولاً بـأن ما ورد بالحديـث الشريف من رد الحـديقة والأمـر بالمفارقـة، كان من قبـيل الندب والإرشـاد، فلا يقع الـطلاق بالخُلع إلا بموافقـة الزوج، علي حين ذهب فـريق آخر إلي أن الأمر بالمفارقة كان أمر وجوب، فيقع الخُلع إما برضاء الزوجين، أو بدون موافقـة الزوج وذلك بحكم ولي الأمر أو القاضي. فكان لزامـاً - حتي لا يشق الأمر علي القاضي - أن يتدخل المشرع لبيان أي من الرأيين أولي بالاتباع، وهو ما نحا إليه النص المطعـون فيـه، فأخـذ بمذهب المالكية وأجـاز للزوجة أن تخـالع إذا ما بغـضت الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما فيخلعها القاضي من زوجها بعد أخذ رأي الحكمين، علـي أن تدفع إليه ما قـدمه في هذا الزواج من عـاجل الصداق. وليس ذلك إلا إعمالاً للعقل بقـدر ما تقتضيه الضرورة بما لا ينافي مقـاصد الشريعة الإسلامية وبمراعاة أصولها، ذلك أن التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، من شأنه أن يحقق مصلحة للطرفين معاً، فلا يجوز أن تُجـبر الزوجة علي العيش مع زوجها قسراً عنها، بعد إذ قـررت أنها تبغض الحيـاة معه، وأنه لا سبيل لاسـتمرار الحيـاة الزوجية بينهما، وأنها تخشي ألا تقيم حدود الله بسـبب هذا البغض، مما حدا بها إلي افتدائها لنفسها وتنازلها له عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردها الصداق الذي أعطاه لها. والقول باشـتراط مـوافقة الـزوج يؤدي إلي إجبار الزوجـة علي الاستـمرار في حـياة تبـغضـها، وهو مـا يبـتعـد بعلاقـة الزواج عن الأصل فـيهـا، ألا وهو السكن والمودة والتـراحم، ويجعل الزوج، وقـد تخفف من كل عبء مـالي ينتج عن الطلاق، غـير

ممسك بزوجته التي تبغضه إلا إضراراً بهـا، وهو إضرار تنهي عنه الشريعة الإسلامية، وتتأذي منه العـقيدة الإسلامـية فيمـا قامت عليه من تكامل أخلاقي وسـمو سلوكي، ويتنافي مع قاعدة أصولية في هذه الشريعة وهي أنه لا ضرر ولا ضرار.

وحـيث إنـه لما تقـدم، فـإن النـص الطعين يكون قـد نهل من أحكام الشـريعـة الإسلامية منهلاً كاملاً، فقـد استند في أصل قاعدته إلي حكم قطعي الثبوت، واعتنق في تفاصيله رأي مذهب من المذاهب الفقهية، بما يكون معه في جملته موافقاً لأحكام هذه الشريعة السـمحة، ويكون النعي عليه مخـالفتها ومن ثم مخالفـة المادة الثانية من الدستور نعياً غير صحيح بما يوجب رفضه.

وحيث إن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق - ومن بينهـا حق التقاضي المقـرر بنص المادة ٦٨ من الدسـتـور - هو إطلاقهـا ما لم يقـيدها الدستور بضوابط معينة، منهـا أن هذا التنظيم ينبغي ألا يؤدي إلي إجراء تمييز تحكمي فيما بين أصحاب المراكز القانونية المتكـافئة بلا أساس موضوعي يبرره، كما أنه ليس كل تقسيم تشريعي يعـتبر منافياً لمبدأ المساواة، بل يـتعين دوماً أن يُنظر إلي النصوص القانونية باعتبارها وسائل حددها المشرع لتحقيق أغـراض يبتغيها، فلا يستقيم إعمال مبدأ المسـاواة أمام القانون - المنصوص عليه بالمادة ٤٠ من الدسـتور - إلا علي ضوء مشـروعية تلك الأغـراض واتصال هذه الوسائل منطقـياً بها، إذ لا يتـصور أن يكون التقسيم التشريعي منفصلاً عن هذه الأغراض التي يتغياها المشرع. لما كان ذلك وكان قضـاء هذه المحكمة قـد جري علي أن قـصر التـقاضي علي درجة واحـدة لا يناقض الدستور، وإنما يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشـرع في مجال تنظيم الحقـوق، فإن ذلك مؤداه أن الوقوف بالتـقاضي عند درجة واحـدة استناداً إلي أسس موضوعية، لا ينتقص من حق التقاضي الذي يكفله الدستور للناس كافة.

وحـيث إن التنظيم التـشريـعي للخلع - طبـقاً للنـص المطعون فـيـه - هو تنظيم متكامل ينفرد بكونه وحدةً لا تتجزأ في جميع عناصرها ومـقتضياتها الشرعية، قصد به المشـرع دفع الضرر ورفع الحـرج عن طرفي العـلاقـة الزوجيـة، إذ يرمي إلي رفع

الظلم عن الـزوجـات اللاتي يعـانـين من تعنت الأزواج عندمـا يستـحكم الـنفـور ويستـعصي العلاج كـما يرفع عن كاهل الأزواج كل عبء مـالي يمكن أن ينجم عن إنهاء العلاقـة الزوجية، فالتنظيم يقوم علي افـتداء الزوجة نفسها بتنازلهـا عن جميع حقوقـها المالية الشرعـية، ورد عاجل الصداق الذي دفـعه الزوج لها، المثبـت في عقد الزواج أو الذي تقـدره المحكمـة عند التنازع فـيه، وإقـرارها بأنهـا تبـغض الحيـاة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحيـاة بينهما، وتخشي ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغـض، فإذا لم يوافق الزوج علي التطليق، فـإن المحكمة تقـوم بدورها في مـحاولة للصلـح بين الزوجين ثم تندب حـكمين لموالاة ذلك، دون التـزام علي الزوجـة بأن تبدي أسباباً لا تريد الإفصاح عنها، ومن ثم لا تبحث المحكمة أسباباً معينة قانونية أو شرعـية، أو تحقق أضـراراً محددة يمكن أن تكون قـد لحقت بها، فـإن لم يتم الوفاق، وعجز الحكمان عنه، تتحقق المحكمة مـن رد الزوجة لعاجل الصداق بعد أن تستوثق من إقراراتهـا، ثم تحكم بالخُلع، الذي تقع به طلقـة بائنة، أخذاً بما أجمع عـليه فقـهاء المسلمين، ومن ثم يكون أمـراً منطقيـاً أن ينص المشرع علي أن الحكم الصـادر بالخُلع في جميع الأحوال يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن تقديراً بأن الحكم يُبني هنا علي حالة نفسية وجدانيـة تقررها الزوجة وحدها، وتُشهد الله وحده علي بغضها الحياة مع زوجها وخـشيتها هي دون سواها ألا تقيم حدود الله، ومن ثم تنتفي كليـةً علة التقـاضي علي درجتين، حيث تعطـي درجة التقـاضي الثانية فـرصة تدارك ما عـساها تخطيء فيـه محكمـة أول درجة من حصـر للوقائع أو استـخلاص دلالتها، أو إلمام بأسباب النزاع، أو تقدير لأدلته، أو إنزال صحيح حكم القانون عليه، بما مؤداه أن دعوي التطليق للخُلع تختلف في أصلهـا ومرماها عن أية دعوي أخري، حيث تقتضي أن يكون الحكم الصادر فيها منهياً للنزاع برمته وبجميع عناصره، بما في ذلك ما قدر يُثار فـيها من نزاع حول عاجل الصداق الواجب رده، والـقول بغير ذلك يفتح أبواب الكيد واللدد في الخصومة التي حرص المشرع علي سدها ويهدم التنظيم من أساسه، فلا يحقق مـقاصده الشرعية والاجتماعية المنشـودة. ومتي كان ما تقدم،

فإن النص الطعين فيما قرره من عدم قابلية الحكم الصادر بالخُلع للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن يكون قائماً علي أسس موضوعية تسانده وينهض أيضا مبرراً لمغايرته - في هذا الشأن - عما سواه من أحكام تصدر بالتطليق للضرر أو لغيره من أسباب، ومن ثم فلا يكون النص الطعين، فيما تضمنه من عدم قابلية الحكم الصادر بالخُلع للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، منتقصاً من حق التقاضي أو مارقاً عن مبدأ المساواة.

وحيث إن النص الطعين لا يخالف أي حكم آخر من أحكام الدستور.

وجري نص المادة ٢١ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية علي أن

« لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلي اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما. فإن أصر الزوجان معا علي إيقاع الطلاق فوراً، أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج.

ويجب علي الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها علي النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن يَنوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية» .

ولنا تعليق علي هذه المادة فأقول:

مؤدي مفهوم هذا النص أنه لا يتعرض لإيقاع الطلاق وأنه باق علي ما هو عليه طبقاً للقواعد العامة من أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ بالألفاظ الدالة عليه صراحة أو ضمناً إذا كان المقصود بها إيقاع الطلاق. وإنما اشترط النص لإثبات الطلاق عند الإنكار (الإشهاد والتوثيق) بمعني انه لا يعتد في إثبات الطلاق - عند الإنكار - إلا

(بالإشهاد والتوثيق)، أي لا يعتد بالبينة أو النكول عن اليمين أو بأية كتابة أخري غير التوثيق.

هنا يثور التساؤل:

ما القصود بالاعتداد بإثبات الطلاق؟؟

وما المقصود بأن لا يكون الاعتداد بإثبات الطلاق، إلا من تاريخ الإعلان، إذا لم يكن الزوج الآخر حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه؟؟

أولا: ما معني أنه لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق.

معناه ومفهوم الألفاظ اللغوي والقانوني انه إذا وقع الطلاق وثبت بالإشهاد والتوثيق فإنه يعتد بوقوع الطلاق وتترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية.

أما إذا وقع الطلاق بالقول ولم يثبت (بالإشهاد والتوثيق) ثم أنكر فلا يجوز إثباته بدليل آخر - ويكون معناه، كأن لم يقع طلاق وأن الحياة الزوجية لازالت مستمرة في نظر هذا النص - وأن الزوجة لازالت علي عصمة زوجها ويجب عليها أن تكون في طاعته، رغم أنها مطلقة - إعمالاً للقواعد الشرعية وللفقرة الأخيرة من المادة ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التي تقضي بأنه تترتب أثار الطلاق من تاريخ إيقاعه.. - ولكن لا تستطيع الفكاك من قيود الزوجية لعدم إمكانها إثبات الطلاق.

ونص المادة ٢١ المشار إليه، بقصره إثبات الطلاق علي (الإشهاد والتوثيق) فقط يكون قد خالف القواعد والأصول الشرعية.

ذلك أن القاعدة الشرعية أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ بالقول أو بالكتابة بأحد الألفاظ الدالة صراحة علي الطلاق أو بأي عبارة تقوم مقامة ويقصد بها الطلاق، ممن يملكه وهو الزوج أو من ينيبه أو يوكله في ذلك أو الزوجة المفوضة بالطلاق باختيارها نفسها، متي كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق.

والأصل المقرر شرعاً أن الطلاق يثبت بكافة طرق الإثبات، من بينة وإقرار ونكول عن اليمين.

وقـد خـرج نص المادة ٢١ المشـار إليه علـي هذا الأصل الشـرعي وقصـر إثبـات الطلاق عند الإنكار علي (الإشهاد والتوثيق).

وعلي ذلك إذا طلق الزوج زوجتـه بلفظ الطلاق الصـريح أمـام مـجمـوعـة من الناس، ثم رفض أن يوثق الطلاق ولجـأت الزوجة لإثبات الطلاق وقـالت أنها تركن في إثبات دعـواها إلي البينة وأنكر الزوج، فـإن المحكمة وإعـمالا لنص المادة ٢١ من القـانون رقم ١ لـسنة ٢٠٠٠ المشـار إليـهـا، سـوف تقض بـرفض دعـواها. ذلك أن القانون اشـترط وإستلزم لإثـبات دعواها بالطلاق عند الإنكار أن يكـون الطلاق ثابتا (بالإشهاد والتوثيق).

ولو فرض أن هذا الطلاق كـان المكمل للثلاث وأصـبحت محـرمة علي زوجـها ولجأت إلي دعوي الحسبة، فإن النيابة العامة، سوف تقف مكتوفة اليدين أمام صراحة النص وحـسـمـه في إثبـات الطلاق بأن لا يعـتـد في إثبـات الطلاق إلا (بالإشـهـاد والتوثيق).

وقد كان الاتساق التشريعي يستلزم حتي تتوائم المادة ٢١ مع الأصول الشرعية - وهو ما تداركه المشرع ونص عليه في المادة الـتالية لها، وهي المادة ٢٢ من القانون من انه مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار...»

وكـان من الواجب أن يتضـمن نص المادة ٢١ ذلك. وأن يبـدأ النص بعبـارة (مع عدم الإخـلال بحق الزوجة المطلقة، أو الزوج إذا اخـتارت الزوجة المفـوضة بالطلاق تطليق نفسها في إثبات الطلاق بكافـة طرق الإثبات) ثم يرد باقي النص بأنه «لا يعتد في إثبـات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهـاد أو التوثيق ......» وذلك لإلزام مـن قام بالتطليق بإثبات الطلاق وتوثيقه، وهو الأمر الذي لا يمكنه ولا يستطيعه من وقع عليه الطلاق، بأن يمنع فقط من أوقع الطلاق بنفسه أو بوكيل عنه من الإثبات إلا بالإشهاد والتوثيق، وحتي يتوافق النص مع الأصول والقواعد الشرعية.

والنص بوضعـه الحالي في هذا الخصوص يخـالف الأصول والقواعد الشـرعية

وبالتالي فإنه مشوب بعدم الدستورية.

ثانياً: تتضمن الشق الأخير من الفقرة الأخيرة من المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ انه «...... ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية».

فما المقصود بعدم الاعتداد في إثبات الطلاق هنا؟؟

مفهوم ذلك وتطبيقاً للقواعد والأصول الشرعية والقانونية أن الطلاق يقع شرعاً في تاريخ وقوعه، ولكنه لا تسمع الدعوي به ولا يقبل إثباته - عند الإنكار - إلا (بالإشهاد والتوثيق) ويكون من حضر الواقعة القانونية علي علم بها وبما تم فيها، أما من لم يكن حاضراً بنفسه أو بنائب عنه، فلا يفترض علمه بها إلا بعد إعلانه بها. وعلي ذلك فإن الطلاق يقع فعلا في وقت إيقاعه ولا يثبت في حق الزوج الآخر إلا بإعلانه، وبإعلانه يكون ثبت أن الطلاق قد وقع فعلا من تاريخ إيقاعه - وقت إيقاع الطلاق وليس وقت إثباته - فثبوته في حق الزوج الآخر بثبوت أنه وقع فعلا في الموعد الذي وقع فيه، والذي تبدأ منه آثاره القانونية والشرعية والقول بغير ذلك فيه مخالفة للقواعد والأصول القانونية والشرعية.

إضافة وتكملة:

بسبب مخالفة نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ للقواعد والأصول الشرعية في إثبات الطلاق تقابلنا هذه المشكلة.

أجاز قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه بعد أن منع فيها سماع الدعاوي الناشئة عن عقد الزواج عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية - أجاز قبول دعوي التطليق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

فإذا ادعت طالبة الطلاق المتزوجة بعقد ثابت بالكتابة - وليس بوثيقة رسمية - أن زوجها طلقها بالقول ورفض إثبات ذلك الطلاق بالكتابة علي وثيقة الزوجية

العرفية المحررة بينهما أو إثبـاتها بأي كتابة أخري لتكون دليلاً لديها علي الطلاق في مقابلة وثيـقة الزواج العرفي الموجود صـورتها معه. فهل تسـتطيع إثبات هذا الطلاق بشهـادة الشهـود (البينة) أولا يثـبت الطلاق إعمـالاً للمادة ٢١ من ذلك الـقانون إلا بالإشهاد والتوثيق وكيف لها أن تحصل علي توثيق والزواج نفسه غير موثق.

فهل يقبل منها إثبات الطلاق بالبينة أو النكول عن اليمين فتكون أحسن حالاً من التي هي زواجها ثابت بوثيقة رسمية أم لا يقبل منها الإثبات فينغلق عليها باب إثبات الطلاق الذي وقع عليـها والذي سـعي القانون إلي أن يفـتحـه لها وييـسر لهـا طلب التطليق. وبالتـالي تضيع الحقـوق علي أصحـابها بسبب مـخالفـة المادة ٢١، لأصول وقواعد الشريعة الإسلامية.

ونخرج من هذا إلي أنه:

لا منطق ولا اتساق ولا تناسق بين القواعـد القانونية التي قررتها مواد مـتتالية في القانون.

المادة ١٧ تجيز إثبات الزواج (نفسه) إذا كان ثابتاً بورقة عرفية أو بأية كتابة لتُمكِّن الزوجة لكي تتخلص من قيود الزواج بالطلاق.

بينما تشترط المادة ٢١ وتستلزم من أنه لا يقبل إثبات الطلاق، من الزوجة - لكي تتخلص مـن قيود زواج انقـضي بالطلاق شرعـاً - إلا إذا كان الطلاق ثابتا بـالتوثيق والإشهاد، أي لا يجوز إثباته بإقرار عرفي أو بأية كتابة.

ورغم مـخالفـة هذه المادة الأخيـرة للقـواعد والأصـول الشرعـية فـأي منطق في هذا!!! هذا التناقض نشأ عن مخالفة القواعد الشرعية، إذ لو اتبعت القواعد الشرعية وطبقت تطبيقاً صحيحاً لما حدث هذا الخلاف.

ونصت المادة ٢٢ من قانون تنظم بعض أوضـاع وإجراءات التقاضي في مـسائل الأحوال الشخصية علي أن.

«مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعـة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات. لا يقبل عند الإنكـار إدعاء الزوج مراجعـته مطلقـته ما لم يعلنهـا بهذه المراجعـة بورقة

رسمية قبل انقضاء ستين يوما لمن تحيض وتستعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكن حاملا أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتي إعلانها بالمراجعة».

وقبل الدخول في التعليق علي هذا النص يجدر الإشارة هنا إلي أن المشرع في هذا النص الخاص بإثبات المراجعة - قد تجنب الخطأ الذي وقع فيه بالنسبة للنص السابق عليه مباشرة - الخاص بإثبات الطلاق - بأن أجاز للطرف الآخر في التصرف إثبات الواقعة التي تمت من الطرف الآخر وإن لم يوثقها.

ذلك بأن النص أجاز للزوجة إثبات مراجعة زوجها لها وإن لم يوثق الزوج هذه المراجعة بينما في النص السابق المادة (٢١) لم يجز للمُطَلَّق - الزوجة المطلقة، أو الزوج إن كانت الزوجة مفوضة بالطلاق واختارت نفسها - أن يثبت الطلاق الواقع من الطرف الآخر إذا أنكر إيقاعه، بعد إيقاعه بالقول، وعدم الإشهاد عليه.

وهذا الذي جاء به النص في الشق الأول منه هو ما هو مقرر شرعا ومتفق مع مباديء الشريعة وأصولها. ففي حالة الإقرار، إذا أدعي الزوج مراجعة زوجته ولم تنكر هي ذلك، أو أدعت الزوجة مراجعة زوجها لها ولم ينكر هو ذلك، فالأمر متفق عليه ويعتد بالمراجعة بغير ما حاجة إلي التوثيق، وإن كان التوثيق أفضل لما قد يحدث مستقبلا ولا نعلمه الآن.

أما في حالة الإنكار، فإذا ادعت الزوجة مراجعته زوجها لها وأنكر هو انه راجعها، ولأن التوثيق ليس بيدها لأن الزوج هو المراجع، فقد أجاز لها القانون في الشق الأول من المادة ٢٢ إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

أما إذ أدعي الزوج مراجعته لزوجة وأنكرت هي ذلك، فقد الزمه القانون بإثبات المراجعة بورقة رسمية تعلن للزوجة، ولم يجز القانون له إثبات المراجعة بغير ذلك الطريق.

وحسنا ما أتي به القانون في هذا الشأن ذلك انه بعد استلزام توثيق الطلاق فإن الزواج وقد انقضت أحكامه بالطلاق، فإنه قد يصعب بعد ذلك إثبات ما قد يترتب

من حقـوق وواجبات فـي الزواج بعد مراجـعة الزوج لزوجتـه والإخفـاق في إثبات وقـوع المراجعـة واستـمرار الزوجـيـة فإن الظاهر هو انقـضـاؤها بالطلاق فإن ثبـتت المراجعة بورقة رسمية ثبت الاستـمرار ثبوتا لا خلاف عليه ولا يقبل إنكاره بعد ذلك واستحق كل ذي حق حقه.

ولكن القانون عند تحديده طريقة الإعلان والمواعيد التي استلزم إتمام الإعلان فيها فإنه قد خالف في بعضها وخرج عن قـواعد وأصول الشريعة الإسلامية، وذلك علي التفصيل الآتي بيانه:

المقرر شـرعاً - وعلي مـا هو عليه العمـل طبقاً للقـوانين المعمـول بها الآن - أن العـدة تبدأ فـوراً عقب إيـقاع الطلاق، ولا يتـوقف ذلك علي إثبـات الطلاق أو علم الزوجة أو إخطارها به. والتـوثيق هنا للإثبات وليس للإنشاء والحـدوث فإن الطلاق يقع بمجرد التلفظ به.

وقـد نصت المادة ٥ مكررا من القانون ٢٥ لسـنة ٢٩ المعدل بالقـانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في فقرتـها الأولي علي أنه «علي المطلق أن يوثق إشهاد طلاقـه لدي المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق» ونصت في فقـرتها الأخيرة علي انه «تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه .....»

ويؤخذ علي نص المادة ٢٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ انه.

أولا: اعتداده بتاريخ توثيق الطلاق لتبدأ منه مراجعة المطلق لزوجته وليس بتاريخ إيقاع الطلاق المقرر شرعا أن تبدأ العدة منه.

ثانيا: اعتداده في إيقـاع المراجعة خلال فترة العدة بتاريخ إعـلان الزوجة بالمراجعة وليس بتـاريخ إيقاع المراجـعة وإثبـاته في الورقة الرسـميـة، رغم أن المقرر شـرعاً أن المراجعة هي امتداد لزوجية قائمة وتكون بالقول أو بالفعل. وأنها تقع بمجرد القول أو الفعل، والإشهاد ليس شرطا لوقوعها وإنما للإثبات.

وذلك حسب البيان الآتي:-

المقرر شرعاً طبقـا للرأي الراجح في المذهب الحنفي - وإعمالا لنص المادة ٣/ ١

من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ - ان أقل مدة تصدق فيها الزوجة المطلقة من ذوات الحيض بانقضاء عدتها هي (٦٠) يوما من تاريخ إيقاع الطلاق.

فإذا حدث وراجع الزوج المطلق زوجته المطلقة في اليوم الـ (٥٩) أو (٦٠) وتقدم بالإعلان الرسمي يوم مراجعته في ذات اليوم ولكن تم إعلان الزوجة بعد فوات ميعاد الـ (٦٠) يوم - لأنه عملا لا يتم إعلان أوراق المحضرين في ذات يوم تقديمها - وأنكرت هي المراجعة بأنها تسلمت الإعلان بعد إنقضاء عدتها. أو تصادف أن وافق هذا اليوم الذي راجع فيه زوجته كان يوم (جمعة) مثلا أو صادف عطلة رسمية - كعطلة أحد الأعياد التي تستمر لعدة أيام - وأثبت هذه المراجعة في ورقة الإعلان ثم تقدم بها يوم السبت التالي ليوم الجمعة أو أول يوم عمل بعد انتهاء عطلة العيد، وكان ذلك بعد فوات ميعاد (الستين يوماً) وأنكرت الزوجة أن المراجعة تمت قبل انقضاء عدتها. هنا وطبقاً لصريح النص القانوني في المادة (٢٢) لا يقبل ادعاء الزوج بالمراجعة ما لم يعلنها قبل انقضاء (الستين يوما) ذلك ولو كان الزوج قد أثبت المراجعة لدي المأذون بالقسيمة المخصصة للمراجعة لديه وهي ورقة رسمية قبل فوات ميعاد (الستين يوما)؟؟!! فالنص القانوني جاء مجردا وصريحا من أنه لا يعتد عند الإنكار إلا بإعلان الزوجة قبل فوات ميعاد الستين يوما. ويعتد بقول الزوجة بانقضاء عدتها، ويكون النص قد أجاز لها هنا الزواج من أخر رغم أنها لازالت علي عصمة زوجها الأول (شرعاً) بمراجعته لها قبل انقضاء عدتها.

وفي هذا الخصوص يكون النص مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن المراجعة تتم بالقول أو بالفعل من جانب الزوج لا يشترط فيها قبول الزوجة أو علمها. وكان يجب أن يكون إثبات المراجعة بإثبات تمامها لدي المأذون المختص - بوثيقة المراجعة - أو بأي ورقة رسمية، وأن يكون الإعلان للإعلام، لا للإنشاء والوقوع والحدوث.

وأما بالنسبة لما جاء بالنص، لمن عدتهن بالأشهر. فإنه طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية فإن عدة من تعتد بالأشهر هي ثلاثة أشهر، وهي أشهر هلالية (قمرية)،

وعدة الشهر في السنة القمرية هي إما (٢٩) أو (٣٠) يوم ولا يتوالي أثناء السنة أكثر من شهرين متتالين عدة كل منهما (٣٠) يوما فإن عدة الثلاثة أشهر هي إما (٨٨) أو (٨٩) ولا تصل بحال إلي (٩٠) يوم فإذا ما راجع الزوج المطلق زوجته التي تعتد بالأشهر في اليوم التسعين (٩٠) وأعلنها بالمراجعة في ذات اليوم، فإنه طبقا لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية تكون المراجعة قد وقعت بعد انقضاء العدة ولا يعتد بها، وطبقا للنص القانوني يكون قد راجعها خلال الفترة التي أجاز له القانون مراجعته مطلقته فيها ويكون قد خالف أحكام وقواعد وأصول الشريعة الإسلامية وبالتالي مشوباً بعدم الدستورية.

هذا فضلا عن أن القانون في ذات النص قد اعتد في الموعد الذي حدده لمراجعة الزوج لزوجته بتاريخ توثيق الطلاق وليس بتاريخ إيقاع الطلاق. في حين أن المقرر شرعاً وإعمالاً لنص المادة (٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه، وليس من تاريخ توثيقه، وقد أجازت الفقرة الأولي من تلك المادة للمطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدي المختص خلال ثلاثين يوما من تاريخ إيقاع الطلاق. وبالتالي فإذا لم يوثق المطلق إشهاد طلاقه إلا في نهاية الأجل المسموح له به أي في اليوم الثلاثين من تاريخ إيقاع الطلاق - أو قبلها بعدة أيام وبالتالي تكون عدة المطلقة التي تعتد بالأشهر - وهي ثلاثة قمرية - قد زيدت وأصبحت (٣٠+٩٠ =١٢٠) يوم، من تاريخ إيقاع الطلاق.

وبمقتضي مفهوم نص المادة ٢٢ المشار إليها فإنه لا يقبل من المطلقة إنكار مراجعة زوجها لها، ما دام قد أعلنها بورقة رسمية خلال هذه الفترة (١٢٠ يوم) رغم انقضاء عدتها شرعاً بمضى ثلاثة أشهر قمرية من تاريخ إيقاع الطلاق حدهما الأقصي (٨٩) يوما.

وقد كان الأجدر بالمشرع عند إصدار القانون كي يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وأصولها ولا يخالفها وأيضا يضع الضوابط والشروط القانونية التي يراها مناسبة ولازمة ومواكبة للعصر الحالي، أقترح أن يكون الشق الثاني من النص

كالآتي: «تتم المراجعة بإيقاعها من الزوج المطلق في خلال فترة العدة، وعلي الزوج إثبات مراجعته لمطلقته لدي الموثق المختص وإن لم تحضر الزوجة التوثيق فعلي الزوج إعلانها بالمراجعة بموجب ورقة رسمية، وانقضاء العدة هو بقول الزوجة المطلقة بيمنها فيما تصدق فيه شرعا».

وبينت المادة ٢٣ من القانون طرق تحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة والاجراءات التي تتبع للوصول إلي حقيقة البيان.

ونصت المادتين ٢٤، ٢٥ علي الأحكام الخاصة بإشهادات الوراثة وكيفية إستصدارها وهي نصوص في غير حاجة إلي زيادة إيضاح وهو ما كان يقابل المادة ٣٥٥ وما بعدها من اللائحة الشرعية.

وقد تضمن القانون في الفصل الثاني من الباب الثالث والباب الرابع أحكام وقواعد وإجراءات وطرق الطعن في الأحكام في شأن موضوعات ومسائل الأحوال الشخصية للولاية علي المال.

وقد تضمن الباب الخامس قواعد وإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات بالنفقة وتسليم الصغير ورؤيته. وكذا دعاوي الحبس لامتناع المحكوم عليه من تنفيذ حكم النفقة وهي مسائل إجرائية وليست من موضوعات الإثبات.

وفي هذا القدر ما يكفي للتعليق علي القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في خصوص ما جاء به من موضوعات الإثبات.

وفي خصوص دعوي الحبس لامتناع المحكوم عليه بالنفقة من أدائها فقد أصدرت المحكمة العليا حكماً في دعوي رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا (دستورية) بطلب الحكم بعدم دستورية المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (اللائحة الشرعية) (١) وحكمت المحكمة برفض الدعوي بجلسة ٢٩/ ٦/ ١٩٧٤ تأسيسا علي أن حبس المدين الموسر لامتناعه عن تنفيذ الحكم الصادر عليه بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن طبقا لنص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم

(١) والتي حلت محلها المادة ٧٦ مكررا من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠

الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - شرعية الحبس كوسيلة لإجبار المدين علي الوفاء بالدين طبقا للرأي المتفق عليه بين أئمة المسلمين - مقتضي ذلك - دستورية نص المادة ٣٤٧ سالفة الذكر.

وأن حبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها - هو وسيلة إرغام وإكراه علي أداء الدين وليس عقوبة جنائية بمفهومها الفني الدقيق.

وجاء بأسباب الحكم

«إن المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنص علي أنه «إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلي المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائرتها محل التنفيذ ومتي ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر علي القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما أما إذا أدي المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلي سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الإعتيادية» وهذا النص مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، التي توجب علي المدين الوفاء بديونه من تلقاء نفسه إبراء لذمته فإن امتنع عن ذلك رغم قدرته علي الوفاء يكون ظالما ويجوز زجره وردعه عن التمادي في ظلمه وقد شرعت لذلك وسائل تكفل للدائنين الحفاظ علي حقوقهم ولو بطريق الإكراه وذلك بالتضييق علي المدين أو بالملازمة أو بالحجر لمنعه من التصرف في ماله وبيعه جبرا عليه لسداد ديونه، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين إلا بالوفاء أو ما يقوم مقامه، وفي خصوص شرعية الحبس كوسيلة لإجبار المدين علي الوفاء بالدين فالرأي المتفق عليه بين أئمة المسلمين هو جواز حبس المدين الموسر الممتنع من أداء الحق إلي مستحقه حملا له علي أدائه ولهم في ذلك أدلة من السنة والإجماع إذ جاء في الحديث الشريف «لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته» واللي المطل والواجد الغني وإحلال العرض هو إغلاظ القول للمدين وشكايته. وروي عن الخليفتين عمر بن الخطاب

وعلي بن أبي طالب وكثير من الصحابة والتابعين وقضاة المسلمين أنهم كانوا يحبسون المدينين المماطلين وقد كانت هذه المباديء معمولا بها في مصر في الديون كافة قبل سن القوانين الحديثة وحاصل ما تقدم أن المشرع إنما قنن في النص المطعون فيه والنصوص السابقة عليه حكما من الأحكام المتفق عليها في الشريعة الإسلامية كما نقل في أكثر مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها القانون العام المنظم لهذه المسائل وقد حرص الدستور علي النص في مادته الثانية علي أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع تقريرا للأمر الواقع الذي جري عليه العمل حتي في عهد الدساتير السابقة التي أغفلت النص علي ذلك».

الفــرع الثـــالث

مشـــروع

قـانون محكمة الأسـرة

أعدت وزارة العدل مشروع قانون بإنشاء محـاكم خاصة لقضايا الأسرة، تختص بقضايا الأحوال الشخصية ولاية على النفس وولاية على المال. ونقل اختصاص هذه القضايا من القضاء العادى (دوائر الأحوال الشخصية) إلى هذه المحاكم الجديدة التى رأت أن تكون لها مقار مستقلة عن مقار المحاكم المدنية والجنائية.

ومواد مـشروع القـانون جمـيعهـا مواد إجـرائية. تتضـمن بيان تشكيـل المحكمة واختـصاصها وأمـاكن انعقادها، كـما تضمن منح النيـابة سلطة محاولة التـوفيق فى الدعاوى التى يجوز الصلح فيها.

وهذه الموضوعـات من موضـوعات المرافعـات. ولكن لم أجد بأسـا فى الإشارة إليها أثناء الكلام عن موضوعات الإثبـات فى مواد الأحوال الشخصية. التى هى من طرق الإثبات فى الشريعة الإسلامية .

وسـوف أبدأ أولا بعـرض المذكرة الايضـاحيـة لمشـروع القانون ثم بـيان مـواد المشروع وأخيرا لى رأى وتعليق على المشروع.

أولا المذكرة الايضاحية
لمشروع قانون بإنشاء محكمة الأسـرة

يُعنَى الدستور المصرى بالأسرة، وتنص المادة (٩) منه فى باب المقومات الأساسية للمجتمع على أن الأسرة أساس المجتـمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد مع تأكيد هذا الطابع وتنميته فـى العلاقات داخل المجتمع المصرى وتنص المادة (١٠) على أن «تكفل الدولة حمـاية الأمومة والطفولة وترعى النشء والشـباب وتوفر لهم

الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم» وتوجب المادة (١١) أن تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها فى المجتمع ومساواتها بالرجل فى ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية.

وترعى الشريعة الإسلامية الأسرة وتوجب الحفاظ عليها بحسبانها نعمة من الله يمتن بها على خلقه، إذ يقول تعالى «والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمت الله هم يكفرون» «سورة النحل آية ٧٢»، وأوجبت الشريعة حماية الأسرة ورعاية أفرادها وفى الحديث الشريف كفى بالمرء شرا أن يضيع من يعول وكرمت الشريعة المرأة ــ على نحو لامزيد عليه وذلك بحسبان أن المرأة شريك فى الأسرة: أما كانت أم بنتا، وزوجة كانت أم أختا .

وتنحو التشريعات المقارنة فى دول عديدة مثل استراليا وكندا ــ فى سبيل إصلاح حال الأسرة وتعزيز استقرارها وحمايتها من دواعى التصدع أو الاضطراب وحسم ما يثور داخلها من منازعات ــ منحى تخصيص محكمة تختص بنظر شئونها وعلاج مشكلاتها والقيام فى ذلك بوظيفة اجتماعية خاصة تعجل بإنهاء تلك المنازعات بالتسوية الودية أو بحكم قضائى ناجز.

ولقد سبق أن نادى مجلس الشورى المصرى فى تقريره عن تيسير إجراءات التقاضى سنة ١٩٩٨ بإنشاء محكمة للأسرة تختص بالنظر فى دعاوى التطليق وما يرتبط بها من طلب نفقة للزوجة ومؤخر الصداق ونفقة الصغار وحضانتهم وتوفير مسكن لإيوائهم بحيث تحكم فى هذه المسائل المرتبطة والمترتبة حتما على الحكم بالتطليق دون حاجة إلى إلجاء الزوجة إلى رفع عدة دعاوى منفصلة لكل مسألة من تلك المسائل. وقد أخذ قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، فى المادة ١٠ منه باقتراح مجلس الشورى السالف ذكره، إذ نصت فقرتها الثانية على أن «يكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى ــ دون غيرها ــ الحكم ابتدائيا فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة

أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمُه والانتقال به ومسكن حضانته».

ولما كان التطبيق العملى لهذا الحكم قد كشف عن عدم كفايته لتحقيق غايات الأخذ بنظام محكمة الأسرة بالمعنى الدقيق والشامل كما عرفته النظم المقارنة، والكفيل بتحقيق عدالة أوفى وأقرب منالا، ولما تمليه ضرورات توفير مقومات خاصة لهذه المحكمة تجعلها ملائمة لطبيعة المنازعات التى تطرح عليها والمتقاضين الذين يلجأون إليها والأشخاص الذين يشهدون جلساتها، والصغار منهم على وجه الخصوص، فقد صار لزاماً استحداث تشريع مستقل ينشئ محاكم للأسرة تفى بالغرض المنشود وتستوفى المقومات المشار إليها. ويتغيا هذا المشروع إدخال نظام متكامل لمحكمة الأسرة فى التنظيم القضائى المصرى، بتخصيص محكمة لنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس والولاية على المال بحيث تجمع هذه المحكمة شتات ما يثار بين أطراف الأسرة الواحدة من دعاوى بشأن تلك المسائل جميعها، على منصة واحدة متخصصة، وداخل قاعة مبنى قضائى واحد متميز، وفى ذلك تيسير للإجراءات، وتخفيف عن الأسرة، وتعميق للأخذ بمبدأ التخصص وبما يحققه من عدالة ناجزة.

وإذا كان الوضع القائم ـ وفقاً لقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، المشار إليه ـ وعلى ما تنص عليه المادتان ٩، ١٠ منه ـ يتمثل فى وجود محاكم جزئية تختص بنظر المسائل الواردة بالمادة ٩ ويكون حكمها قابلا للطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته، وتختص المحاكم الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لاتدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، وأجازت المادة ٦٢ من ذلك القانون للخصوم وللنيابة العامة الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من هذه المحاكم فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصى وسلب الولاية أوالوصاية والحساب.. فإن اختصار الإجراءات وتبسيطها بما يلائم طبيعة الأحوال الشخصية ويحقق استقرار الأسرة ومراكزها

القانونية، يقتضى أن تجمع محكمة الأسرة فى اختصاصها ــ كمحكمة ابتدائية ذات تشكيل خاص ومتخصص، ما هو معهود به فى الوضع القائم إلى المحاكم الجزئية والابتدائية، وأن يسند إلى رئيس محكمة الأسرة، بحسبانها المحكمة المختصة وبصفته قاضيا للأمور الوقتية، إصدار الأوامر على العرائض فى المسائل المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م، وعلى أن يستأنف من أحكام وقرارات محكمة الأسرة ما كان يجوز استئنافه من أحكام وقرارات تلك المحاكم الجزئية والابتدائية، ويطرح الاستئناف ــ فى جميع الأحوال ــ على محكمة متخصصة مؤلفة من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف، وفى ذلك ما يغنى عن الطعن بطريق النقض فى دعاوى الأحوال الشخصية ويحقق الاستقرار الواجب لأوضاعها.

من أجل ما تقدم كله، وفى سبيل تحقيقه، فقد أعد مشروع القانون المرفق متضمنا إحدى عشرة مادة فضلا عن مواد الإصدار، التى تضمنت النص على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكامه.

وتتمثل أهم أحكام المشروع فيما يأتى:

١- إنشاء محاكم تسمى محاكم الأسرة ــ فى دائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية، بما يتيح تعددها فى هذه الدائرة على نحو يلبى احتياجات مواطنيها ويقرب العدالة إليهم فى أحوالهم الشخصية، وكذلك إنشاء دوائر استئنافية متخصصة فى دائرة كل من محاكم الاستئناف لنظر طعون الاستئناف التى ترفع إليها عن أحكام محاكم الأسرة (مادة ١)

٢- تأليف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية ــ وهذا التعدد فى التشكيل مع اشتراط هذه الدرجة يحقق ضمانه أوفى تناسب اختصاصها بنظر ما كانت تختص به المحاكم الجزئية والابتدائية فى قضايا الأحوال الشخصية للنفس والمال ويعاون محكمة الأسرة فى نظرها دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسمانى والفسخ وبطلان الزواج ،وحضانة الصغير

ومسكن حضانته وحفظه ورؤيته ودعاوى النسب والطاعة خبيران اجتماعي ونفسي، أحدهما على الأقل من النساء، ويكون حضورهما جلسات نظر تلك الدعاوى وجوبيا، ويبقى للمحكمة حقها في الاستعانة بالخبيرين في غير تلك الدعاوى من مسائل الأحوال الشخصية. كلما رأت ضرورة لذلك أما الدوائر الاستئنافية فتشكل من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف ولئن لم يوجب عليها المشروع أن يعاونها خبيران كمحكمة أول درجة، فقد نص على جواز أن تستعين بمن تراه من الأخصائيين (المواد ٢، ٣، ٧).

٣- أسند المشروع لمحكمة الأسرة ــ دون غيرها ــ الاختصاص بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التى ينعقد الاختصاص بنظرها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، كما اختص رئيس محكمة الأسرة دون غيره بإصدار أوامر على عرائض فى المسائل المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م (المادة ٣) وذلك بحسبانها المحكمة التى انعقد لها الاختصاص وبصفته قاضيا للأمور الوقتية.

وإذ أن محكمة الأسرة ــ بتشكيلها المستحدث المشار إليه ــ هى من دوائر المحكمة الابتدائية، فإن مفاد ذلك أنه لم يعد ثمة محل يرد عليه حكم الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، وهو الحكم القاضى بعدم استلزام توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية، ويبقى ساريا حكم الفقرة الثانية من تلك المادة، الذى يعفى دعاوى بعينها هى دعاوى النفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى.

٤- حرص المشروع على إبقاء الاختصاصات الراهنة للنيابة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية، أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وعهد إليها بمهام جديدة مستهدفا أن تعاون بها المحكمة فى تهيئة دعاوى الأحوال الشخصية بما ييسر

الفصل فيها خلال أجل قريب، فضلا عن دور توفيقى يتغيا إنهاء المنازعة صلحا كلما أمكن، وذلك خلال خمسة عشريوما من تاريخ قيد الدعوى، يجوز أن تمتد خمسة عشر يوما أخرى باتفاق الخصوم، فاذا تم الصلح فى هذا الأجل أو ذاك تتولى النيابة العامة إثباته فى محضر يوقعه الخصوم ويلحق بمحضر الجلسة التى تم فيها، وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وتنقضى به الدعوى فى حدود ما تم الصلح فيه، أما اذا لم يتم الصلح تقدم الدعوى إلى المحكمة لنظرها فى الجلسة المحددة لها.

ونص المشروع على أن تستعين النيابة العامة فى دورها التوفيقى المشار إليه بأحد رجال الدين، وناط بوزير العدل إصدار قرار بالقواعد والإجراءات التى تتخذ فى سبيل الصلح وفى اختيار رجال الدين ويصدر هذا القرار بالتنسيق مع الجهات الدينية المختصة. (المادتان ٤ , ٥).

٥- أوجب المشروع أن تعقد محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية جلساتها فى أماكن منفصلة عن مقار المحاكم، تغلب عليها سمات الراحة والهدوء وتكون لائقة وملائمة لطبيعة ما يعرض عليها من منازعات ومن يتردد عليها وبخاصة الصغار فى مسائل الحضانة والرؤية وما إليها - (المادة ٦).

٦- وتحقيقا لغايات هذا المشروع نصت المادة ٨ على أن يكون لمحكمة الأسرة المختصة محليا بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين، الاختصاص محليا - دون غيرها - بنظر جميع الدعاوى التى ترفع بعد ذلك من أيهما أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التفريق الجسمانى أو الفسخ وكذلك دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته وجميع دعاوى الأحوال الشخصية التى ترفع لاحقا على تلك الدعوى الأولى.

كما أوجب المشروع فى المادة ذاتها أن ينشأ بقلم كتاب محكمة الأسرة لدى رفع أول دعوى - ملف للأسرة تودع فيه أوراق هذه الدعوى وأوراق جميع الدعاوى اللاحقة.

٧- وينص المشروع على أن يتبع أمام محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية القواعد والإجراءات المقررة فى هذا المشروع، وفى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م المشار إليه، ويطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات (المادة ٩).

وتبقى مسائل الوقف من اختصاص المحاكم العادية.

٨- ونظرا للطبيعة الخاصة لمسائل الأحوال الشخصية، وضرورة حسمها فى أجل قريب وتحقيقا لاستقرار ما ينشأ عنها من مراكز قانونية تتعلق بأهم شئون الفرد والأسرة، وتستوجب النأى بها عن إطالة أمد الخصومة حولها وعن القلقلة والاضطراب فى صددها فقد اتجه المشروع إلى إلغاء الطعن بطريق النقض وذلك باعتباره طريقا غير عادى للطعن وبالنظر إلى ما كفله المشروع من تشكيل خاص لمحكمة الأسرة منذ البداية بحيث تؤلف من ثلاثة قضاه أحدهم على الأقل بدرجة رئيس محكمة، وتختص بمسائل كان ينفرد بنظر العديد منها قاض فرد، وتستأنف أحكام محكمة الأسرة لدى دائرة من دوائر محكمة الاستئناف العالى المؤلفة من ثلاث مستشارين أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف بينما تستأنف أحكام المحاكم الجزئية - فى النظام القائم أمام إحدى دوائر المحكمة الابتدائية التى تشكل من ثلاثة قضاة - وذلك كله فضلا عما جاء به المشروع من الاستعانة بالخبراء.

وغنى عن البيان أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر يظل باقيا فى مسائل الأحوال الشخصية طبقا لقواعده المقررة قانونا (المادة ١٠).

٩- استكمالا لتحقيق غايات المشروع، فى الوصول إلى الترضية القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية من خلال نظام قضائى متخصص متكامل، وبإجراءات سهلة ميسرة، فقد أولى المشروع مرحلة تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية عناية خاصة، باعتبارها أساس تفعيل الحق فى

التقاضى والحصول على الثمرة المرتجاة منه، بما انتهجه فى المادة (١١) من إسناد هذا التنفيذ إلى إدارات خاصة تنشأ فى المحاكم الابتدائية قوامها أعداد كافية من محضرى التنفيذ الذين يختارهم رؤساء تلك المحاكم من بين من تتوافر لديهم الخبرة والكفاءة والمقومات الشخصية التى تتناسب مع طبيعة الخصومات القضائية التى صدرت فيها الأحكام أو القرارات، وأحوال وظروف أطراف الخصومات، وذلك تحت إشراف قضاة للتنفيذ يتم اختيارهم من بين قضاة محاكم الأسرة استكمالا لحلقات التخصص المنشود.

ولا يخفى أن أحكام هذا المشروع هى من طبيعة إجرائية بحتة، ويراد بها أن تستكمل ما جاء به القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه من تبسيط للإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية وتيسير لحسم خصوماتها لمصلحة الأسرة، لكى تكون هذه الإجراءات أداة طيّعة ومطية ذلولاً لعدل سهل المنال، دانى القطاف مأمون الطريق، ولا شأن لأحكام هذا المشروع بطبيعة الحال، بمنظومة التشريعات الموضوعية التى تتناول مسائل الأحوال الشخصية والتى أبرزها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وتعديلاتها الصادرة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، فأحكام هذا المشروع والمنشئة لمحاكم الأسرة، لاتمس شيئا من قوانين الأحوال الشخصية المنظمة للمسائل الموضوعية فى هذا الأمر.

وجدير بالإشارة أن تحقيق غايات هذا المشروع من إنشاء محاكم خاصة للأسرة ودوائر استئنافية متخصصة لنظر الطعون فيما تصدره من أحكام إنما يتطلب إعداد قضاتها ومعاونيهم وتحديث خبراتهم وتأهيلهم فى دورات وبرامج تدريبية، تعينهم على حسن أداء رسالتهم المقدسة، ولهذا رؤى أن يكون العمل به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٣ بداية العام القضائى الجديد.وقد عرض مشروع القانون على مجلس القضاء الأعلى فوافق عليه بالإجماع بجلسته المعقودة بتاريخ ٣٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٢، وعلى المجلس الأعلى للهيئات القضائية فوافق عليه بالإجماع بجلسته المعقودة بتاريخ ٢ من يناير سنة ٢٠٠٣م، كما وافق عليه بالإجماع أيضاً المجلس القومى للمرأة.

وعرض المشروع، كذلك، على فضيلة الإمام الأكبر شيخ الجامع الأزهر، وفضيلة مفتى الجمهورية فوافق عليه بموجب الكتاب المؤرخ ٢٨ من يناير سنة ٢٠٠٣م.

وقد تمت مراجعة المشروع بمعرفة قسم التشريع بمجلس الدولة فى جلسته المعقودة بتاريخ ١٩ من يناير سنة ٢٠٠٣م.

ومشروع القانون معروض رجاء التفضل، فى حالة الموافقة، بإحالته إلى مجلسى الشعب والشورى.

مع عظيم احترامى

وزير العدل

المستشار/ (فاروق سيف النصر)

ثانياً : مشروع قانون الإصدار

(المادة الأولى)

يعمل بأحكام القانون المرفق فى شأن إنشاء محاكم الأسرة، ويلغى كل حكم يخالف أحكامه.

(المادة الثانية)

على المحاكم الجزئية والابتدائية أن تحيل من تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت بمقتضى أحكام القانون المرفق من اختصاص محاكم الأسرة، وذلك بالحالة التى تكون عليها وبدون رسوم، وفى حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلانه بأمر الإحالة مع تكليفه بالحضور فى الميعاد أمام محكمة الأسرة التى أحيلت إليها الدعوى.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم، وتبقى هذه الدعاوى خاضعة للأحكام المنظمة لطرق الطعن فيها السارية قبل العمل بهذا القانون.

(المادة الثالثة)

تستمر محكمة النقض ومحاكم الاستئناف فى نظر الطعون المرفوعة أمامها قبل تاريخ العمل بأحكام القانون المرفق عن الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية والابتدائية فى الدعاوى التى أصبحت بموجبه من اختصاص محاكم الأسرة.

(المادة الرابعة)

يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرفق، وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره.

(المادة الخامسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٣م.

مشروع قانون إنشاء محاكم الأسرة

مادة (١)

تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة إبتدائية محاكم للأسرة، يكون تعيين مقارها، وتحديد دوائر اختصاصها، بقرار من وزير العدل.

وتنشأ فى دائرة اختصاص كل محكمة من محاكم الاستئناف، دوائر استئنافية متخصصة، لنظر طعون الاستئناف التى ترفع إليها فى الأحوال التى يجيزها القانون عن الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة.

ويجوز أن تنعقد محاكم الأسرة، أو الدوائر الاستئنافية - عند الضرورة - فى أى مكان فى دائرة اختصاصها، أو خارج هذه الدائرة وذلك بقرار يصدر من وزير العدل. بناء على طلب رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس محكمة الاستئناف، بحسب الأحوال.

مادة (٢)

تؤلف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، ويعاون المحكمة فى الدعاوى المنصوص عليها فى المادة (٧) من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين، والآخر من الأخصائيين النفسيين، يكون أحدهما على الأقل من النساء.

وتؤلف الدائرة الاستئنافية، من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف، وللدائرة أن تستعين بمن تراه من الأخصائيين.

ويعين الخبيران المشار إليهما من بين المقيدين فى الجداول التى يصدر بها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشئون الاجتماعية أو وزير الصحة، بحسب الأحوال.

مادة (٣)

تختص محاكم الأسرة، دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التى

ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م، ويختص رئيس محكمة الأسرة، دون غيره، بإصدار أمر على عريضة فى المسائل المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، وذلك بصفته قاضياً للأمور الوقتية.

مادة (٤)

فى الدعاوى والطعون التى تختص بنظرها محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية، تتولى النيابة العامة الاختصاصات المخولة لها قانوناً، ويكون حضورها فى تلك الدعاوى والطعون وجوبياً، وعليها إيداع مذكرة بالرأى فى كل دعوى أو طعن.

وتشرف النيابة العامة على أقلام كتاب محاكم الأسرة، والدوائر الاستئنافية، عند قيد الدعاوى والطعون المشار إليها واستيفاء مستنداتها ومذكراتها، طبقاً للمادة (٦٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

مادة (٥)

تتولى النيابة العامة فى غير دعاوى الأحوال الشخصية التى لا يجوز فيها الصلح، والدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، والأوامر الوقتية، بذل مساعى التوفيق بين أطراف الدعوى بما يحقق، كلما أمكن، إنهاء المنازعة صلحاً.

ويباشر مساعى التوفيق أحد أعضاء النيابة العامة بدرجة رئيس نيابة على الأقل، مستعيناً بأحد رجال الدين، وعلى الخصوم الحضور أمامه فى الجلسة التى يحددها لذلك.

وعلى النيابة العامة أن تنتهى من هذه المهمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ قيد الدعوى، ولايجوز تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم ولمدة لاتزيد على خمسة عشر يوما أخرى، فإذا تم الصلح فى هذا الأجل، تتولى النيابة إثباته فى محضر يوقعه الخصوم ويلحق بمحضر الجلسة التى تم فيها وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وتنقضى به الدعوى فى حدود ماتم الصلح فيه، أما إذا لم يتم الصلح خلال هذا

الأجل، تقدم الدعوى إلى المحكمة لنظرها فى الجلسة المحددة لها.

ويصدر بالقواعد والإجراءات التى تتخذ فى سبيل الصلح، وفى اختيار رجال الدين قرار من وزير العدل بالتنسيق مع الجهات الدينية المختصة.

مادة (٦)

تعقد جلسات محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية فى أماكن منفصلة عن أماكن انعقاد جلسات المحاكم الأخرى، تزود بما يلزم من الوسائل التى تتناسب مع طبيعة المنازعات وأطرافها وماقد تقتضيه من حضور الصغار تلك الجلسات.

مادة (٧)

يكون حضور الخبيرين المنصوص عليهما فى المادة (٢) من هذا القانون جلسات محكمة الأسرة وجوبياً فى دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسمانى والفسخ وبطلان الزواج وحضانة الصغير ومسكن حضانته وحفظه ورؤيته وكذلك فى دعاوى النسب والطاعة.

وللمحكمة أن تستعين بهما فى غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية إذا رأت ضرورة لذلك.

وعلى كل منهما أن يقدم للمحكمة تقريراً فى مجال تخصصه.

مادة (٦)

تكون محكمة الأسرة المختصة محلياً بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين مختصة محلياً دون غيرها بنظر جميع الدعاوى، التى ترفع بعد ذلك من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أوالفسخ وكذلك دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواءً للزوجة او الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته وجميع دعاوى الأحوال الشخصية.

وينشأ بقلم كتاب المحكمة المشار إليها، لدى رفع أول دعوى، ملف للأسرة تودع

فيه أوراق هذه الدعوى، وأوراق جميع الدعاوى الأخرى التى ترفع بعد ذلك وتكون متعلقة بذات الأسرة.

مادة (٩)

يتبع أمام محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية القواعد والإجراءات المقررة فى هذا القانون، وفى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتطفية التركات.

مادة (١٠)

تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن عليها بطريق النقض.

مادة (١١)

تنشأ بكل محكمة ابتدائية إدارة خاصة لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية، تزود بعدد كاف من محضرى التنفيذ الذين يصدر بتحديدهم قرار من رئيس المحكمة الابتدائية.

ويتولى الإشراف على هذه الإدارة قاض للتنفيذ تختاره الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية من بين قضاة محكمة الأسرة فى دائرة هذه المحكمة.

ثالثاً: التعليق على مشروع القانون

وبالاطلاع على مشروع القانون تبين لى الملاحظات الآتية:

أرى أن يكون دور نيابة الأسرة بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية دورا إيجابيا.

بان تقدم القضايا إلى النيابة أولا، وهى تقوم من جانبها بتحضير الدعوى وإعداد مستندات الخصوم، وكذا إجراء التحقيق اللازم إعمالا للمادة ٢٣ من القانون ١/ ٢٠٠٠ فى حالة جدية المنازعة فى دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة، وبذل مساعى التوفيق وعرض الصلح على الخصوم فى القضايا التى يجوز الصلح فيها.

ومما يجدر الاشارة إليه أن مشروع القانون نص فى المادة الثانية منه على أن يعاون المحكمة فى بعض الدعاوى خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين ونصت المادة ٧ من المشروع على أن يكون حضورهما جلسات المحكمة وجوبيا فى تلك الدعاوى وأن على كل منهما أن يقدم تقريراً للمحكمة فى مجال تخصصه.

وقد جاء مشروع االقانون وكذا المذكرة الايضاحية خلوا من بيان متى وكيف يباشر الخبيران ما أنسد إليهما من عمل والذى يقدمان تقريراً عنه للمحكمة.

فهل يكفى مجرد حضورهما بالجلسة وتفرسهما فى وجوه الخصوم فى الدعوى وسماع مرافعتهم ودفاعهم فيها.

هل يكفى هذا لكى يقدم الخبير تقريره!!!

أم يكون على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى مع تكليف الخبيرين أو أحدهما بفحص حالة أطراف الخصومة وبيان أحوالهم الاجتماعية والنفسية والظروف المحيطة بحياتهم وطرق معيشتهم مما هو لازم فى الدعاوى المطلوب تقريرهم فيها وخاصة دعاوى الطلاق وحضانة الصغار وحفظهم ورؤيتهم ويكون مساعداً وسنداً للمحكمة فى المنازعة المعروضة عليها التى سعى مشروع القانون وأولى اهتمامه باختصارها وتوصيل الحق إلى ذويه بأسرع وأيسر الطرق.

وإنى أرى هنا تيسيراً للاجراءات واختصاراً للوقت أن يكون مباشرة الخبيرين أو

أحدهما لعملة بناء على تكليف نيابة الأسرة أثناء تحضيرها للدعوى وأن يقوما بأداء عملهما وتقديم تقاريرهما لنيابة الأسرة وهو ما قد يساعدها فى مساعى التوفيق والصلح بين الخصوم فى الدعوى.

وإن لم توفق النيابة فى مساعى التوفيق والصلح أو إذا كانت الدعوى من الدعاوى التى لا يجوز الصلح فيها تحيل النيابة الدعوى إلى المحكمة مستوفاة من مستندات الخصوم ودفاعهم وتقارير الخبراء ومذكرة برأى النيابة وبذلك تكون الدعوى صالحة وجاهزة للفصل فيها وهو ما يسعى إليه القانون من سرعة الفصل فى هذه الدعاوى.

وأن يكون تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ما لم يثر بشأنها نزاع ـ وهو عمل ولائى وليس حكم قضاء ـ من اختصاص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة، يحدد جلسة لسماع الشهود ويصدر قرار بضبط الإشهاد، أما إذا أثير نزاع جدى فيحيل الطلب الى محكمة الأسرة للفصل فيه إعمالاً للمادتين ٢٤، ٢٥ من القانون ١/ ٢٠٠٠.

وان يكون الاختصاص بإصدار الأمر بأداء متجمد النفقة المحكوم بها وفى حالة امتناع المحكوم عليه عن أداء المتجمد يحبس عملا بالمادة ٧٦ مكرراً من القانون ١/ ٢٠٠٠ وهو إجراء من إجراءات التنفيذ يختص به قاضى التنفيذ بمحكمة الأسرة.

وان يضاف إلى المادة ٨ من المشروع فقرة توضح ما هى الأسرة التى تختص المحكمة بنظر جميع قضاياها وممن تتكون هذه الأسرة.

أهى تتكون من الزوج وزوجة واحدة وأولادها، كل زوجة وأولادها لها أسرة مستقلة، أم الأسرة من الزوج وجميع الزوجات والأولاد وأقارب الزوج.

وأن تنشأ نيابة خاصة بقضايا الأسرة (أحوال شخصية ولاية على النفس والمال).

ذلك ان تكليف الخصوم بالحضور لجلسات الصلح أو تحضير الدعاوى أمام النيابة العامة يكون له وقع شديد على النفس ـ لارتباط النيابة العامة بالجرائم و الجنح، الجنايات ـ أما الحضور أمام نيابة شئون الأسرة فيكون له إيقاع مختلف.

وذلك على النحو الآتى:

تضاف الى المادة (٣) من المشروع

وإستثناءً من ذلك:

أولاً: يختص قاضى الأمور الوقتية بمحكمة الأسرة يضبط إشهادات الوفاة والوراثة المنصوص عليها بالفقرة ٨ من المادة ٩ من القانون ١لسنة٢٠٠٠.

ثانياً: يختص قاضى التنفيذ بمحكمة الأسرة بنظر دعاوى الحبس المنصوص عليها بالفقرة ٩ من المادة ٩ من القانون ١لسنة٢٠٠٠ المضافة بالقانون ٩١لسنة٢٠٠٠.

تعدل المادة (٥) من المشروع إلى:

عند إقامة دعوى أمام محاكم الأسرة، فى غير الدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ والأوامر الوقتية.

تحدد جلسة أمام نيابة الأسرة خلال ميعاد لا يجاوز عشرة أيام يعلن بها الغائب من الخصوم.

وتتولى النيابة تحضير الدعوى ومستندات الخصوم ودفاعهم وإذا لزم الأمر إجراء التحقيق اللازم لتحديد دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة أعمالا للمادة ٢٣ من القانون ١لسنة٢٠٠٠.

ثم بذل مساعى التوفيق فى الدعاوى التى يجوز الصلح فيها ويباشر مساعى التوفيق أحد أعضاء النيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل مستعيناً بواحد أو أكثر من رجال الدين والأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين، وعلى الخصوم الحضور أمامه فى الجلسة التى يحددها لذلك.

وعلى نيابة الأسرة أن تنتهى من هذه المهمة خلال شهر من تاريخ قيد الدعوى، ولا يجوز تجاوز هذه المدة إلا بإتفاق الخصوم ولمدة لا تزيد على شهر آخر، فإذا تم الصلح فى هذا الأجل، تتولى النيابة إثباته فى محضر يوقعه الخصوم ويلحق بمحضر الجلسة التى تم فيها وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وتنقضى به الدعوى فى حدود ما تم الصلح فيه.

أما إذا لم يتم التوفيق أو كانت الدعوى من الدعاوى التى لا يجوز الصلح فيها، تحدد النيابة جلسة أمام المحكمة لنظر الدعوى يخطر بها الغائب من الخصوم وترسل النيابة ملف الدعوى الى المحكمة مشفوعاً بمذكرة منها.

ويصدر بالقواعد والإجراءات التى تتخذ فى سبيل الصلح، وفى اختيار رجال الدين والخبراء الأخصائيين قرار من وزير العدل بالتنسيق مع الجهات المختصة.

يضاف إلى المادة ٨ فقرة ثالثاً.

وتكون الأسرة المقصودة فى هذه المادة من الزوج وزوجته أو زوجاته وأولاده وأقارب الزوج.

تضاف مادة إلى القانون:

تنشأ نيابة متخصصة لشئون الأسرة ـ أحوال شخصية نفس ومال ـ تختص بمباشرة دعاوى محاكم الأسرة.

وتتكون نيابة شئون الأسرة تحت إشراف النائب العام، من نائب عام مساعد رئيسا ومحام عام أول بدائرة إختصاص كل محكمة إستئناف ومحام عام بدائرة إختصاص كل محكمة إبتدائية ويعاونهم عدد كاف من رؤساء النيابة والوكلاء من الفئة الممتازة.

تستبدل عبارة نيابة الأسرة بعبارة النيابة العامة فى مواد القانون .



الفصل الخامس عشر

أية المداينة وتفسيرها

وهاك آية المداينة وتفسيرها اتماماً للفائدة.

قال الله تعالى فى كتابه العزيز:

«يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى(١) فاكتبوه(٢) وليكتب بينكم كاتب بالعدل(٣) ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب(٤) وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا(٥) فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن

---

(١) أى إذا تبايعتم بدين، أو اشتريتم به، أو تعاطيتم، أو أخذتم به، إلى أجل مسمى، أى إلى وقت معلوم وقتموه بينكم. وهذا النص يشمل القرض والسلم، وكل ما يكون فيه إلزام، أو التزام بأداء دين يتفق العاقدان على تأجيله إلى وقت يعينانه.

(٢) أى اكتبوا الدين الذى تداينتم به إلى أجل مسمى، من بيع كان ذلك الدين أو سلم أو قرض أو غيرها. وقد اختلف أهل العلم ـ هل الكتاب بذلك واجب على من هو عليه، أو مندوب إليه؟ فقال بعضهم انه واجب وفرض لازم، لأنه مأمور به، والأمر به جاء مجردا عن القرائن، فيكون مقتضاه الوجوب. وذهب الجمهور إلى أنه مستحب ومندوب إليه لأن الله تعالى قال فى أخر الآية: «فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته» فأخذوا من هذا انه إذا ائتمن الدائن المدين فلا بأس ألا يكتب الدين ولا يشهد عليه. وقالوا لولا هذا الاستدراك لم يجز لأحد أن يدين إلا إذا استوثق بكتاب أو شهود أو رهن.

(٣) أى ليكتب كتاب الدين إلى أجل مسمى بين الدائن والمدين، كاتب بالعدل، أى بالحق والانصاف فى الكتاب الذى يكتبه بينهما بما لا يبخس به صاحب الحق حقه، ولا يلزم المدين ما ليس عليه.

(٤) أى لا يأبين كاتب استكتب ذلك أن يكتب كتاب الدين بين الدائن والمدين كما علمه الله كتابته. ووقد اختلف أهل العلم فى وجوب الكتاب على الكاتب إذا استكتب كاختلافهم فى وجوب الكتاب على الذى عليه الحق. فقال بعضهم بأنه يجب على الكاتب أن يكتب، وذهب الجمهور إلى انه لا يجب بل يستحسن ويندب.

(٥) أى ليتول المدين أملال ـ أى املاء ـ كتاب ما عليه من الدين لرب المال، فيمليه هو على الكاتب، وليتق الله ربه ويحذر عقابه من بخس دائنه شيئا من حقه.

يمل هو فليملل وليه بالعدل (٦).

واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء (٧) أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى (٨) ولا يأب الشهداء إذا مادعوا (٩) ولا تسأموا أن تكتبوه

---

(٦) أى أن كان المدين الذى عليه الحق سفيها، أى جاهلا بالصواب فى الذى عليه أن يميله، أو ضعيفا، أى صغيرا، والذى لا يستطيع أن يمل بنفسه هو من يكون عيبا، أو أخرس، ونحو ذلك، أو يكون محبوسا لا يستطيع أن يحضر مجلس الكتابة، فليملل وليه الذى ينوب عنه شرعا، بالعدل، أى بالحق. واعترض على هذا التأويل بأن العاقل الرشيد لا ولاية لأحد عليه فى ماله، وإن كان أخرس أو غائبا، ولا يجوز حكم أحد فى ماله إلا بأمره، وإذا يكون المراد والله أعلم أن المقصود هو ولى الحق أى رب الدين، أو ولى صاحب الدين فانه هو الذى يمل على الكاتب فى هذه الأحوال أهـ.

أقول - ومن الذى يضمن أن يكون املاء الدين فى هذه الحالة بالعدل وهو إنما يملى حقا لنفسه فكيف يصدق فى هذا. وهذا بخلاف مالو كان المملى هو المدين لأنه إنما يقر على نفسه بدين. والاقرار حجة شرعية متى استوفى شروطه، وأى مانع يمنع من أن يكون المراد بولى الصبى والأخرس ومن فى حكمهما والغائب والمحبوس هو وكيله الذى ينصب ويختار لأجل ذلك، إن لم يكن له وكيل من قبل تتناول وكالته إملاء ما عليه من الديون على من يقوم بكتابتها واقراره بذلك؟، أو من يترجم ما يقوله المدين بلغة الكتاب إن كان حاضرا ولكن لغته غير اللغة التى تكتب بها وثيقة الدين - أرى انه لا مانع من هذا، بل لعله الأولى، أو الصواب.

(٧) أى اشهدوا على هذا الحق عند الكتابة شاهدين منكم، فإن لم يوجد رجلان من أهل الشهادة فأشهدوا رجلا وامرأتين من العدول المرتضى دينهم وصلاحهم.

(٨) أى إن ضلت احداهما، أى نسيت الشهادة ذكرتها الأخرى.

ولهذا يلزم ألا يفرق بينهما عند تأدية الشهادة، بل يجب أن تكونا معا فى مجلس القضاء وقت أدائهما الشهادة حتى إذا أخطأت احداهما، أو غلطت، أو نسيت ذكرتها الأخرى وردتها إلى الصواب.

(٩) أى لا يأب الشهداء أن يجيبوا إذا ما دعوا ليشهدوا على الكتاب والحقوق. وقد كان صاحب الحق يطوف فى القوم الكثير يدعوهم ليشهدوا فلا يتبعه أحد منهم، فنزل قوله تعالى «ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا». والشهيد هو الشاهد. وقيل أن المراد - ولا يأب الشهداء إذا ما دعو لتأدية الشهادة فى مجلس القضاء. ولا مانع من إرادة المعنيين جميعا. أى إذا كانت عندك شهادة فلا تأب أن تشهد. بل أد شهادتك أمام القاضى، وإذا دعيت إلى شهادة على كتابة حق فلا تأب أيضا. وبهذا يجمع بين الأمرين، شهادة التحمل وشهادة الأداء.

صغيرا أو كبيرا إلى أجله (١٠) ذلكم أقسط عند الله، وأقوم للشهادة، وأدنى ألا ترتابوا (١١) الا أن تكون تجارة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها (١٢) وأشهدوا إذا تبايعتم (١٣) ولا يضار كاتب

---

(١٠) أي لا تسأموا ولا تملوا أيها الذين يداينون الناس إلى أجل أن تكتبوا صغير الحق، أى قليله، أو كبيره، إلى أجله المضروب للوفاء به.

(١١) أى كتاب الدين إلى أجله أعدل عند الله، وأقوم للشهادة أى أصوب لها ـ تقول أقمته من عوجه، إذا سويته وعدلته ـ وإنما كان الكتاب أعدل عند الله، وأصوب للشهادة لأنه يحوى الألفاظ التى أقر بها المدين والدائن، فلا يقع بين الشهود اختلاف فى ألفاظ الشهادة، وذلك لاجتماع شهادتهم على ما احتواه الكتاب. وإذا اجتمعت شهادتهم على ذلك كان فصل الحكم بين المدعى والمدعى عليه أبين لمن احتكم إليه من الحكام.

وأدنى ألا ترتابوا أى أقرب لكم ألا تشكوا فيما شهد به الشهود عليكم من الحق والأجل إذا كان مكتوبا.

(١٢) رخص سبحانه وتعالى للمتبايعين، ألا يكتبوا ما وجب لبعضهم على بعض إذا كانت التجارة حاضرة، وقد تقابضوا الواجب لهم وعليهم فلا حاجة لهم مع هذا إلى الكتابة.

(١٣) أى اشهدوا على صغير ما تبايعتم وكبيره من حقوقكم، عاجل ذلك أو أجله، ونقده ونسائه فان ارخاصى لكم فى ترك اكتتاب الكتب بينكم فيما كان من حقوق تجرى بينكم لبعضكم من قبل بعض عن تجارة حاضرة دائرة بينكم يدا بيد، ونقدا ـ ليس بأرخاص منى لكم فى ترك الاشهاد منكم على من بعتموه شيئا أو ابتعتم منه، لأن فى ترككم الاشهاد على ذلك خوف المضرة على كل من الفريقين، أما على المشترى بأن يجحد البائع المبيع وله بينة على ملكه ما قد باع، ولا بينة للمشترى منه على الشراء منه، فيكون القول حينئذ قول البائع مع يمينه ويقضى له به فيذهب مال المشترى باطلا، وأما على البائع بأن يجحد المشترى الشراء وقد زال ملك البائع عما باع، ووجب له قبل المبتاع ثمن ما باع، فيحلف على ذلك فيبطل حق البائع قبل المشترى من ثمن ما باعه إياه فأمر الله عز وجل الفريقين بالإشهاد لئلا يضيع حق الفريقين قبل الآخر ومع هذا فقد اختلفت الآراء فى الإشهاد أهو واجب أم مندوب إليه نظير ما اختلفوا فى الأمر بالكتابة. فذهب الجمهور إلى الثانى فإن شاء كل من المتبايعين أن يشهد على حقه فعل، وإن شاء كل من العاقدين أن يشهد على حقه فعل، وإن شاء ألا يشهد فلا بأس، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى «فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته». وذهب فريق من العلماء إلى أن الإشهاد واجب لأن الله تعالى أمر به كما أمر بالكتابة، وأمره سبحانه وتعالى فرض الا ما قامت الحجة على أنه للندب أو الارشاد، وهنا لم تقم حجة على ذلك. =

ولا شـــــهيد(١٤) وأن تفعـــلوا فإنه فسوق بكم(١٥) واتقـــوا الله ويعــلمكم الله واللــه بكل شيء عليم(١٦) وإن كنتم على ســـفر ولم تجدوا كـــاتبا فـرهان مقبوضة(١٧) فإن أمن بعضــكم بعضــا فليؤد الـــذى أؤتمن أمانته وليتـــق اللـــــه

= ومن أنصـار هذا الرأى الإمـام الطبـرى. ومما يقوى مـذهب الجـمـهور من أن الأمـر للندب إجـمـاع المسلمين قديماًوحديثاً على البيع بالأثمان المؤجلة من غير كتاب ولا اشهاد، ولأن فى ايجابهما حرجا وتضييقا.

أقول لولا قوله تعالى: فان أمن بعضكم بعضا، إلخ لكان الأمر للوجوب حتما لكن هذا النص الكريم أفاد جواز ترك الوثيقة من كتاب واشهاد ورهن عند ائتمان العاقدين بعضهم بعضا.

(١٤) أى لا يضارهما من استكتب الكاتب أو استشـهد الشهيد، وذلك بأن يأبى على الأول ألا أن يكتب له وهو مشـغول بأمر نفـسه، ويأبى على الثانى ألا أن يجـيب إلى الشهـادة، وهو كذلك مشـغول بأمر نفـسه، ويأبى على الثانى ألا يجيب إلى الشهـادة، وهو كذلك مشغول بأمر نفسه أيضا، وهذا التـأويل هو المتبادر، وقيل أن المعنى هو نهى الكاتب بين أهل الحـقوق، والشاهد عليـه أن يضار من اسـتكتبوه فـيزيد الكاتب شـيئا، أو يـنقص أو يحرف ويمتنع الشاهد عن الشهادة بحق، أو يحرف فيها ويحولها، فيترتب على ذلك بطلان الحق إذا جحده من هو عليه. وكان من يعرف الكتابة وقتئذ قليلا، وأرباب الحقوق لا يدرون أى شىء يكتب الكاتب فقد يكتب غير الذى أملى عليه فيبطل الحق، فـعلى التأويل الأول يكون كل من كاتب وشهيد نائب فـاعل والفعل يضارر بفتح الراء الأولى المدغمة فى الثانية، وعلى التأويل الثانى يكون كل منهما فاعلا والفعل يضارر بكسر الراء الأولى.

(١٥) أى أن تفعلوا ما نهتيتم عنه من ذلكم فانه فسوق بكم أى إثم وخروج عن الطاعة ومعصية.

(١٦) أى خافوا الله أيها المتداينون فى الكتاب والشهود أن تضاروهم، وفى غر ذلك من حدود الله، أن تضيعوه. ويعنى بقـوله «ويعلمكم الله» يبين لكم الواجب لكم وعليكـم فاعملـوا به «والله بكل شىء عليم» من أعمـالكم وغيرها، يحصيها عليكم ليجازيكم بها.

(١٧) يعنى إن كنتم أيها المتداينون فى سـفر بحيث لا تجدون كاتباً يكتب لكم، أو لم يكن لكم سبـيل إلى اكتتاب كتـاب الدين الذى تداينتموه إلى أجل مسـمى بينكم لعدم وجود دواة أو قلم أو صـحيفـة فارتهنوا بديونكم التى تداينتمـوها إلى أجلها المسمى رهونا تقبـضونها ممن عليـه الدين لتكون تلك الرهون وثيقة للدائن. وقـد أخذ قوم بظاهر النص فقـالوا: ليس للدائن إن وجد كاتبـا أن يرتهن، وأن الرهن لا يكون إلا فى السفر، لكن الصـحيح أن الرهن يكون فى الحضر كما يكون فى السفر، ويكون مع القدرة على الكتابة كما يكون مع عدم القدرة عليها، ولا يلزم من الأمر بأخذ الرهن فى الـسفر عند العجز عن الكتـابة ألا يجوز الرهن أيضا فى الحضر مع القـدرة عليها. وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما نسيـئة ورهن به درعا، كان ذلك بالمدينة، والكتابة ميسورة، والشهود متوافرون.

ربه[١٨] ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه والله بما تعملون عليم[١٩].

(١٨) أى أن كان المدين أمينا عند رب الدين، فلم يرتهن منه رهنا بدينه اعتمادا على أمانته، فليتق المدين ربه، وليخفه فى الذى عليه من دين صاحبه أن يجحده، أو يحاول الذهاب به، فيتعرض لعقوبة الله تعالى إن لم يؤد إلى من ائتمنه أمانته، وفى هذا النص ترخيص بعدم أخذ الوثيقة على الدين أيا كانت تلك الوثيقة من كتاب أو اشهاد أو رهن، وهذا الترخيص لا يمنع جواز ما ذكر. وإذا يكون الأمر للندب فى كل ذلك عملا بهذا النص.

(١٩) هذا خطاب من الله تعالى للشهود الذين أمر المستدين ورب المال الستشهاد بهم فقال لهم «أولا» ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا «وثانيا» ولا تكتموا الشهادة أى لا تكتموا أيها الشهود شهادتكم عند الحكام على ما شهدتموه، ولكن أجيبوا من له عليكم الشهادة إذا ما دعاكم لإقامتها على خصمه لإثبات حقه عند الحاكم الذى يأخذ للمظلوم بحقه، ومن يكتم الشهادة فانه آثم قلبه. أى قلبه فاجر لكتمانه الشهادة وامتناعه عن أدائها والله بما تعملون فى شهادتكم من اقامتها على الوجه الحق، أو كتمانها، والتلاعب فيها، عليم بكل ذلك وبغيره من سرائر أعمال عباده وعلانيتها يحصى كل ذلك عليهم ليجزيهم بما يستحقون.

الباب الثالث

المعاينة

مقدمة

اخترت ذكر المعاينة بعد الشهادة لقوة الارتباط بينهما.

المعاينة هى أن يشاهد القاضى بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين فيما يمكن أن يدرك فيه حقيقة الأمر بنفسه أو نائبه أو بواسطة أهل الخبرة فى المسائل الفنية التى لا قبل له بالبت فيها ومعرفتها على حقيقتها ولو بطريق الظن الراجح الذى يوجد فى النفس طمأنينة الا لأهل الفن «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون».

ولا شك أنه بمعاينة القاضى بنفسه محل النزاع يستفيد من العلم فوق ما يستفيده بالوصف أو يفهمه من شهادة الشهود أو المستندات المقدمة من الخصوم. وما راء كمن سمع.

فإذا بنى القاضى حكمه على هذا العلم فقد بناه على دليل باشره بنفسه، وبذا يكون الأساس الذى بنى عليه القضاء أقوى من الأسس الأخرى من الأدلة. وليس هذا من القضاء الممنوع لكونه مبنيا على علم القاضى، إذ علم القاضى الذى لا يجوز له بناء حكمه عليه هو فى غير الدعوى المنظورة أمامه والمطلوب منه الفصل فيها وقد حصل له هذا العلم أثناء نظره فى تلك الدعوى لا قبله فى غير مجلس القضاء. وقد وضحت هذا أتم توضيح عند الكلام فى علم القاضى فراجعه.

قال فقهاؤنا رضى الله عنهم: إذا كان المدعى من المنقولات وكان فى نقله مشقة، أو تكلف أجرة نقل أو لا يمكن نقله ذهب القاضى بنفسه أو أمينه ليراه بنفسه وتتم اجراءات الإثبات هناك، والشجر والبناء من المنقولات عند فقهاء الشريعة «أنظر كتابنا المعاملات الشرعية المالية».

وقد تقدم أن كون الطريق خاصا أو عاما يعرف بالمشاهدة فيلزم من ثم اجراء الكشف عليه واستماع شهادة النصاب وتزكيتها وأنه إذا لم يذكر الشاهد حدود

المشهود به وتعهد باراءته وتعيينه فى محله يذهب إلى محله لاراءته بحضور المتداعين فان فعل وأشار إلى الحدود وكانت الحدود التى أشار إليهـا وأسماء أصحابها موافقة للحدود التى ذكرها المدعى قـبلت شهادته. وأنه إذا كان القاضى حاضـرا عند العقار المتنازع فـيه فـانه يكفى لتعـريفـه فى الدعوى والشـهادة الاشـارة إليه. وكـتب الفقـه الشرعية فى جميع المذاهب مملؤة بمسائل الحيطان والجيران وما شاكلها وأن أكثر ذلك يتوقف الفصل فيه على المعاينة.

المعـاينة من أهم الأدلة فى المسـائل المادية، وقـد تكون فى بعض الأحـوال الدليل القاطع الذى لا يغنى عنه دليل سواها.

فمـثلا إذا ادعى صاحب منزل أن المقـاول خالف الرسم المتفق عليـه فليس أسهل على القاضـى ولا أقطع فى هذه الدعوى من معـاينة المنزل لمعرفـة ما إذا كـان مطابقاً للرسم أم لا.

المعـاينة تحصل فـى محل النزاع إذا كـان عـقارا كـالمثال الـسابق، وفى المنازعـات المتـعلقة بالحـدود والمساقى وحـقوق الإرتفـاق ووضع اليد والملكيـة العقـارية أو عند حصول حريق أو غرق.. وإلخ كذلك بالنسبـة للمنقولات التى يصعب نقلها لكثرتها كأثـاث منزل، أو إذا دعت الحاجـة إلى معـاينتهـا وهى فى مكانها كـستـائر أدعى أن مقاسها لا يتناسب مع النوافذ التى عملت من أجلها. أما إذا كان النزاع خاصا بمنقول يسهل نقـله ولا داعى إلى معاينتـه فى مكانه فإن القـاضى يأمر باحـضاره للمـحكمة كبدلة تقاس أمامه أهـ.

أقول: وهذا موافـق تمام الموافقة لما قاله فـقهاؤنا «راجع دعوى المنقـول» فى كتاب الدعوى.

وقال فى شرح اللائحة. وتـظهر لك فائدة الانتقال إذا افترضنـا أن الدعوى قائمة بشأن أعيان موقوفة قيل أن الناظر غير مـعالمها وهو ينكر أو أن الدعوى متعلقة بأمتعة يدعى كل من الزوجين أنها ملكه أهـ.

ومما تقدم لنا فى أول الكلام فى المـعاينة أن المعاينة أما أن تـكون فيما يحـتاج إلى

خبـرة فنيـة خاصـة، والقاضى لا يسـتطيع أن يحمل عـبئـها وأمـا أن يكون فى وسع القاضى المعاينة بنفسه.

ذكرت المعاينة فى البـاب السابع من قانون الإثبات فى المواد المدنيـة والتجارية فى المادتين ١٣١، ١٣ (١) .

مادة ١٣١ « إثبات للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك. »

مادة ١٣٢ « إثبات للمـحكمة أو لمن تندبه من قضاتهـا حال الانتقال تعيين خـبير للاستعانة به فى المعاينة... »

وتضمن قـانون الإثبات فى المواد ١٣٥ ـ ١٦٢ أعمـال الخبرة وكيـفية أداء الخبـير والمأمورية المسندة إليه

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:-

ـ انتـقال المحكمـة لمعاينة المتنـازع فيـه وفق المادة ١٣١ من قانون الإثبـات هو من الرخص القانـونية المخولة لهـا ويجوز القـيام به من تلقـاء نفسهـا أو بناء على طلب الخصوم وهى صاحبة السلطة فى تقـدير لزوم هذا الإجراء أو عدم لزومه غير انه متى قررت الانتقال للمعاينة فإن ما يثبت لها منهما يعتبر دليلا قائما فى الدعوى يتحتم أن تقول كلمتها فيه.(٢)

---

(١) وتقابل المادتين ١٥١، ١٥٢ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية .

لم تذكر المعاينة فى باب الإثبات فى القانون المدنى، وقـد ذكرت فى قانون المرافعات فى المادة (٢٤٥) إلى المادة (٢٥٠) تحت عنوان الكشف على الأعيان الثابتة.

(٢) طعن رقم ٣٥ سنة ٤٥ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١١/ ١/ ١٩٧٨ مجـموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٢٥٤ قاعدة ٤٢٦ .

، الطعن رقم ٥٩ سنة ١٤ق جلسـة ٨/ ٢/ ١٩٤٥ مجمـوعة القواعـد القانونيـة فى ٢٥ سنة الجزء الأول ص٨٠ قاعدة ٣٨٩.

- طلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع فلا عليها إن لم تستجب إلى ذلك متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى(٣)

- تعيين الخبير فى الدعوى رخصة من الرخص المخولة لقاضى الموضوع فله وحده تحديد لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء ولا معقب عليه فى ذلك متى كان رفض تعيين الخبير سائغا فلا سبيل للمجادلة فى ذلك أمام محكمة النقض. (٤)

---

(٣) الطعن رقم ١٩١٤ سنة ٥١ق جلسة ٦/٦/ ١٩٨٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ ص٦٦ قاعدة ١٥٨

، الطعن رقم ٥٣٨ سنة ٤٣ق جلسة ١/ ٣/ ١٩٧٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ص٥٩١

، الطعن رقم ٨ سنة ٣٦ق جلسة ١٦/ ٤/ ١٩٧٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص١٣٦٦.

(٤) الطعن ٢٨ سنة ٢٨ق جلسة ٢٨/ ٣/ ١٩٦٣

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٢٥٠ قاعدة ٤٠٩.

الباب الرابع

الإقرار

تعريف الإقرار
سبب الإقرار ودليل حجيته
ركن الإقرار
تجزؤ كلام المقر
شروط الإقرار
حكم الإقرار
ما يعرض للإقرار بعد تمامه
ما يلحق بالإقرار من بيان
الإقرار بالكتابه
الإقرار بالنسب
إقرار المريض
سماع البينة بعد الإقرار
الإقرار قانوناً
نبذة تاريخية «اللائحة الشرعية»

مقـــدمة

للإقرار ماهية يتميز بها عن غيره.

وركن لا يتحقق وجوده إلا به.

وشروط يتوقف عليها تكونه وانعقاده .

وحكم يترتب عليه بعد ذلك .

وعوارض تعرض له بعد تمامه فتؤثر فيه أو لا تؤثر أو تلحقه فتغيره.

ومنه أنواع خاصـة لها شروط خاصـة كاقرار المريض والاقرار بالكتـابة والاقرار بالنسب ولبعض ذلك لواحق .

وهاك جملة القول فى ذلك.

الفصـــــل الأول

تعـــريف الإقـــــرار

الفـرع الأول

تعريف الإقرار لغـــة

يقال قر الشىء فى مكانه يقر «من بابى ضرب وعلم» قرارا وقرورا وقرا .
وتقرة: ثبت وسكن (١).
والاقرار أفعال منه فهو اثبات لما كان متزلزلا.
وأقر له بحقه أذعن واعترف وهو ضد جحده.
وقرره بالأمر حمله على الاعتراف به.

---

(١) وكذا استقر الأمر أى ثبت

الفرع الثانى

تعريف الاقرار شرعاً

ومعناه فى الشرع اخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه(١)

وهذا هو تعريف الجمهور

وهو مناقش من جهتين:

«الجهة الأولى» قد تقرر أن التصرفات: أما اثباتات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها، وإما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها.

أولاً: لايخفى أن الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات فيلزم ألا يكون تعريفهم المذكور جامعاً. ثانيا : اقرار المكره لغيره بشىء من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع أنه يصدق عليه انه أخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه، فيلزم ألا يكون تعريفهم مانعا «أنظر تكملة الفتح لقاضى زاده» قال ويمكن أن يجاب عن الثانى بأن كون اقرار المكره غير صحيح شرعاً انما يقتضى الا يكون صحيحاً شرعاً لا أن لا يكون إقراراً مطلقا فى الشرع فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق الاقرار عليه فى الشرع سواء أكان صحيحا أم فاسدا. وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوها يتناول الصحيح والفاسد حتى أن كثيرا منهم تركوا قيد التراضى فى تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كما يتناول سائر البياعات الفاسدة أهـ.

وأقول فى الجواب عن الأول: ان الحق الثابت بالاقرار أعم من أن يكون وجودياً أو عدمياً كالحق المدعى تماماً فمن اقر بطلاق امرأتة بائناً «مثلا» فقد أثبت على نفسه بهذا الاقرار انهاء ملكه لعصمة زوجته فلا ملك له عليها الآن وبذلك يثبت للمرأة

---

(١) مادة ١٠٣ من قانون الإثبات الإقرار هو اعتراف الخصمم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

مادة ١٥ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية الإقرار هو أخبار الانسان عن ثبوت حق عليه لآخر.

حق عدم تعرضه لها فى حقوق النكاح التى تسقط بالطلاق البائن «راجع تعريف الدعوى».

«الجهة الثانية» قالت طائفة من مشايخنا لو كان الاقرار إخبارا لكان اقرار المريض بدين لوارثة صحيحا، لكنه لا يصح، فدل هذا على ان الاقرار انشاء تمليك ابتداء، وتبرع المريض لوارثه لا يصح الا باجازة الورثة «انظر اقرار المريض» فدل هذا على أن الاقرار ليس إخبارا. ومع ذلك أن الملك الثابت بالاقرار لا يظهر فى حق الزوائد سواء أكانت قائمة أم مستهلكة فلا يملكها المقر له ولو كان إخبار لملكها. فلو كان رجل فى يده بقرة وولدها فأقرا أن البقرة لفلان لا يدخل ولدها فى هذا الاقرار، ولو كان قد استهلكه لا يضمنه، بخلاف مالو أقام المالك البينة على أن البقرة له فإنه حينئذ يستحق نتاجها تبعا «أنظر الدر والتكملة فى الإقرار، وانظر الهداية والفتح والعناية فى الاستحقاق» ومن ذلك أن المقر له لو رد اقرار المقر ثم قبله لا يصح ولو كان إخبارا لصح لأن الإخبار اظهار لأمر ثابت فى الواقع فلا معنى لتأثير الرد فيه، فهذه الفروع وأشباهها يدل ظاهرها على أن الاقرار تمليك فى الحال وليس اخبارا، وممن ذهب إلى ذلك أبوعبدالله الجرجانى، وقال عامة المشايخ ومنهم محمد بن الفضل والقاضى أبوحازم أن الإقرار اخبار، فإذا قال المقر أن هذا الشىء لفلان فمعناه أن الملك فيه ثابت لفلان، وليس معناه أنه ملك للمقر وجعله للمقر له باقراره، واستدلوا على ذلك بفروع: منها أن المريض الذى لادين عليه إذا أقر بجميع ماله للأجنبى صح اقراره ولايتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم يعتبر إلا فى الثلث ومنها أن الاقرار بحصة شائعة فى عقار قابل للقسمة صحيح ولو كان تمليكا لما صح لأن هبة الشائع لاتجوز على ماعرف فى محله، ومنها أن الإنسان إذا أقر بعين لايملكها صح اقراره حتى لو ملكها المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمها إلى المقر له، ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لأنه لايصح تمليك الإنسان ما ليس بمملوك له، ومنها أنه لو أقر أن فلانة زوجته وصدقته على ما قاله صح ذلك ولو لم يكن بحضرة شهود ولو كان إنشاء لم يصح بدون الشهود ومنها أن الاقرار بالطلاق والعتاق

لايصح مع الاكراه والهزل ولو كان ذلك إنشاء لصح (٣)، ولهذا قالوا لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب فى اقراره لايحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا على سبيل الهبة، ومنها أن الملك يثبت للمقر له بلا تصديق ولاقبول ولو كان انشاء لتوقف على قبوله (٤)

أقول أن ما يدل على أن الاقرار إخبار أكثر وأقوى مما يدل على كونه إنشاء، على أن الفروع التى اعتبر فيها الاقرار تملكيا مبتدأ من السهل تعليلها، (مثلا) اقرار المريض لبعض ورثته فيه تهمة ايثار بعض الورثة على بعض بخلاف اقراره للأجنبى على ما جرت به العادة ولا عبرة للنادر.

فمن أجل هذا استحسنوا أن يجعلوا اقراره لوارثة موقوفا على إجازة الورثة وأيد هذا النظر الأثر المرورى عن عمر وابنه رضى الله عنهما وكونه يرتد بالرد فى بعض الصور لعله مبنى على جواز خطأ المقر فيما أقر به والمقر له يعتقد أنه لاحق له قبله، أما مسألة عدم استحقاق الزوائد بالاقرار فللعلة التى قالوها من قصور حجية الاقرار، على أن المقر له لو، أدعى أن الولد له كان له عملا بالظاهر (وانظر الفتح والعناية فى الاستحقاق) وعلى هذا فقول العامة أن الاقرار اخبار هو الراجح.

أما استعمال صيغته للإنشاء فى بعض المواضع فهو من المجاز لدليل خاص، وعرفه فى التنوير بأنه اخبار الإنسان بحق عليه من وجة، إنشاء من وجة وهذا جمع بين الطريقتين قال فى التكملة: وكأن وجهة ثبوت ما استدل به الفريقان إلخ، وأقول: أن كان المراد من قول صاحب التنوير أن بعض أفراد الاقرار من قبيل الاخبار وبعضها من قبيل الإنشاء فهو لم يصنع شيئا، فبما يعرف أن هذا الاقرار بخصوصه اخبار وذلك الاقرار إنشاء؟ لايمكن معرفة ذلك إلا بالتوقيف، وإن كان المراد أن

---

(٣) هذا هو حكم مذهب أبى حنيفة وأصحابه مقارنة بما جاء فى المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالنسبة للأكراه وأنظر مبحث الهزل فى كتابنا الأهلية وعوارضها) فى عارض الهزل أى العقد الصورى ثم أنظر مذهب الشيعة الأمامية فى اشتراط النية فى الطلاق ولو كان بلفظ صريح.

(٤) أقول هذا إنما يتأتى على غير مذهب الإمام مالك (راجع الهبة فى كتابنا التزام التبرعات).

كل فرد من أفراد الاقرار يتضمن الأمرين جميعا فيكون اخبارا من وجة وهو بعينه إنشاء من وجة فهذا مما لايكاد يفهم، اللهم إلا إذا قلنا أن المراد بالإنشاء إنشاء الالتزام، أى أن المقر يلتزم باقراره ما أقر به فكأنه ينشيء تمليكا للمقر له فيما أقر به مع كون كلامه اخبار يوضحه ما تقدم فى حكم الدعوى ولهذا كان فى الاقرار قوة الزام ناشئة عن الزام المقر نفسه باخباره وليست هذه القوة ثابتة للشهادة ولا للقرائن القاطعة، وأما أن نقول أنه لما كان لازما من جانب المقر وقابلا للرد من جانب المقر له كان اخبارا بالنسبة للمقر وانشاء بالنسبة للمقر له، هذا ما ظهر لى والله أعلم.

ونقل فى تكملة رد المحتار عن المنح عن تتمة الفتاوى أن الاقرار يصح من غير قبول وأن بطلانه يتوقف على الابطال، والملك للمقر له يثبت من غير تصديق وقبول منه لكن يبطل برده، والمقر له إذا صدق المقر فى الاقرار ثم رده لايصح الرد وأفاد أيضا صحة الاقرار للغائب وسيأتى ما يتممه وقال فى موضع آخر: الاقرار إنما يبطل برد المقر له إذا كان المقر به يبطل بالرد فى حق نفسه خاصة أما إذا كان يبطل حق غيره فلا يعمل رده وهو ظاهر.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الاقرار هو اعترف شخص بحق عليه لآخر بحيث لايكون القصد هو انشاء الحق فى ذمته (١).

الاقرار شرعا: هو الاخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو فى المستقبل باللفظ أو ما فى حكمه وبذلك يخرج منه ما يدعيه الخصم من حق له على الغير. (٢)

---

(١) طعن رقم ٤٨٢ سنة ٣٩ ق مدنى جلسة ٢٣/ ٢/ ١٩٧٧.

(٢) طعن رقم ١٦ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية جلسة ١٦/ ٦/ ١٩٨١

(١)، (٢) مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٢٩. قاعدة ١٧١٩، قاعدة ١٧١٦

- المقرر فى قضاء هذه المحكمة - انه يشترط فى الإقرار أن يكون ، صادراً من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به فى حقه على سبيل الجزم واليقين وأن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر من الشخص من عبارات تفيد رغبته فى تسوية النزاع طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها أن يتخذها من وجهت إليه دليلا عليه (٣).

ـ الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز ان يستفاد من دلالة التعبير (٤).

---

(٣) الطعن رقم ٢٢٤٥ سنة ١٧ ق أحوال شخصية جلسة ٢٥/ ٦/ ٢٠٠٢.

، الطعن رقم ١٠٦٤ سنة ٤٧ ق جلسة ٢/ ٤/ ٧٨

(٤) الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨، ٤٨١ سنة ٦٥ ق أحوال شخصية جلسة ٥/ ٨/ ١٩٩٦

مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص١١٣٤

الفصل الثانى

سبب الاقرار ودليل حجيته

الفرع الأول

سبب الإقرار ومحاسنه

سببه [1] إرادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره وإعلامه لئلا يبقى فى تبعة الواجب.

أما محاسنه فهى كثيرة:

منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع السنتهم عن مذمته.

ومنها إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه فكان فيه نفع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق.

ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وإنالة النول (تكملة الفتح).

---

(١) أى السبب الدينى والانسانى شرعاً والسبب الانسانى قانوناً

الفرع الثانى

دليل حجيته

قال فى تكملة الفتح ما خلاصته مع بعض زيادة وإيضاح: حجية الإقرار ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فبقوله تعالى «وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولايبخس منه شيئا» أمر الله تعالى باملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالإملاء شيء لما أمر به، والاملاء لا يتحقق إلا بالاقرار، وقال تعالى «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم».

قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه اقرار.

أقول: وينظر إلى هذا ما قاله صاحب كليلة ودمنة أن أشد ما شهد امرؤ على نفسه.

وأما السنة فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها، وقال فى قصة العسيف: وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها أهـ فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به وإذا كان حجة فيما يندرىء بالشبهات فلأن يكون حجة فى غيره أولا.

وأما الاجماع فإن المسلمين اجمعوا على أن الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير.

وأما المعقول فلأن الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب فى الأصل لكنه ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى إلى الصدق الصارف عن الكذب لأن عقل المقرودينة يحملانه علي الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الأمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق غيره أما فى حق نفسه فلا، فصار عقله ودينه وطبعه دواعى إلى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به.

وأقول أضف إلى ما تقدم أن فى الأقرار معنى الالتزام اختيارا كما قدمنا، وهذا مما يزيده قوة من حيث كونه حجة ملزمة، غير أنه قد تضعف حجيته جدا أو يصاحبه من القرائن ما يرجح فيه جانب كذب المقر على صدقه، أما لضرر يدفعه عن نفسه يراه فى تقديره أشد من الضرر الذى يلحقه بسبب الاقرار، وأما لمصلحة تربو على ما يفوته بما اقر به وأما لمعنى أدبى يتحمل من أجله الأذى الذى يصيبه بسبب الاقرار لمصلحة غيره بسبب ما يراه هو مرجحا لذلك وقد يكون الاقرار ناشئا عن غلط أو مبنيا على تدليس أو تغرير أو حصل تحت تأثير اكراه، وأما لأسباب غير ذلك على حسب تقديراته واعتقاداته وتأثيرته، وهنا تظهر فطنة القاضى ومواهبه ونفاذ بصيرته (٢).

وفى كلام أصحابنا ومشايخنا رحمهم الله ما يؤيد ذلك، قالوا لو قال هذه العين التى أملكها هى ملك لفلان كان ذلك هبة لا اقرار فيشترط فيه كل ما يشترط فى الهبة وذلك لأن الشيء الواحد لايكون ملكا لشخصين لكل واحد منهما على الكمال فى آن واحد فلا يصح الاقرار، لكن اللفظ يحتمل الانشاء فيحمل عليه ويكون هبة.

أما إذا لم يضف إلى نفسه بأن قال هذه العين لفلان لكن من المعلوم لكثير من الناس أنها ملكه فهل يكون اقرارا أو تمليكا؟ قال فى الدر المختار ينبغى الثانى فيراعى فيه شرائط التمليك (فراجعه) وإنما كان تمليكا وإن لم توجد فيه اضافة صريحة لأن فيه اضافة تقديرية والدليل عليها أن ملكه إياها معلوم للناس والحاصل ان الاضافة إلى نفسه التى تقتضى التمليك أما أن تكون صريحة أو تقديرية تعلم بالقرائن كأن كان مشهورا بين الناس أنها ملكه، وبهذا يظهر الجواب عن مسائل جعلوها تمليكا ولا اضافة فيها أهـ (تكملة رد المحتار) وقال أيضا فيها وفى رد المحتار: المفهوم من كلامهم أنه إذا اضاف المقر به إلى نفسه كان هبة وإلا احتمل الاقرار والهبة فيعمل بالقرائن ولكن يشكل عليه ما عن نجم الأئمة البخارى أنه اقرار فى الحالتين،

---

(٢) أنظر ما سيأتى فى القرينة القاطعة وما أحسن ما جاء فيها من أن الأقرار إذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه أبدا وقد وقعت فى عصرنا هذا حوادث من الاقرار ثبت فيها للمحكمة كذب المقر وأنه كان مأجورا على اقراره لتحمله المسئولية عن غيره أو أقر لأغراض أخرى.

وربما يوفق بين كلامهم بأن الملك إذا كان ظاهرا للمملك فهو تمليك وإلا فهو اقرار إن وجدت قرينة الاقرار، وتمليك إن وجدت قرينة التمليك، فتأمل فأنا نجد فى الحوادث ما يقتضيه (رملى) انظر الدر ورد المحتار وتكملته وتنقيح الحامدية،

ونقل فى شرح المادة (١٦٠١) من المجلة عن الحموى وغيره أن اقرار المريض إن كان للأجنبى فإن كان حكاية يجوز من جميع المال، وإن كان بطريق الابتداء فمن ثلث المال كما فى العمادية، وقد سئل العلامة المقدسى عن المراد بالحكاية والابتداء، فأجاب بأن المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة اقرار وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه ما أن ما اقر به ملك له وإنما قصد اخراجه فى صورة الاقرار حتى لا يكون فى ذلك منع ظاهر على المقر. أما الحكاية فهى على حقيقة الاقرار (أنظر الحامدية).

وهذا التفصيل المنقول عن العمادية حسن من جهة المعنى وإن كان مخالفا لما أطلقوه فى كتب المذهب المعتبرة من أن إقرار المريض لغير وارثه صحيح وإن أحاط بكل ماله وقد استوفى فى رد المحتار الكلام فى هذه المسألة.

الفصل الثالث

ركـــن الإقـــرار

ركن الإقرار لفظ أو ما فى حكمه دال عليه، كقـولك لفلان على كذا أو مايشبهه من كل لفظ يؤدى معنى الاعتراف بالحق.

وبالإقرار يقـوم ظهور الحق وانكشافه (كـما تقدم) ولذا لايصح فيـه التعليق لان التعليق إنما يكون بالنسبة للمستقبل والاقرار اخـبار عما سبق وبينهما تناف، وسيأتى ما يوضحه فى الاستثناء (وانظر المادة ١٥٨٤ من المجلة وشرحها)

وكذا لايصح فـيه شرط الخـيار لأنه توسـعه على المتصـرف للإمضـاء أو الامتناع ولايتصـور هذا إلا فى التصرفات الإنـشائية كالبـيع ونحوه، قال فى العناية مـا نصه: ومن أقر لرجل بشىء على انه بالخيارة فى إقـراره ثلاثة أيام فالاقرار صحيح يلزم به ما أقـر به لوجود الصيغـة الملزمة وهى قوله (علـى) ونحوه والخيار باطل لان الخـيار للفسخ، والاخـبار لا يحـتمله لان الخـبر ان كان صـادقا بمطابقـته للواقع فلا مـعتـبر باختياره وعدم اختياره وإن كان كاذبا لم يتغير باختياره وعلوم اختياره وإنما تأثيره فى العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه أهـ واورد فى تكملة الفتح تعليلا آخر وهو ان الخيار فى معنى التعليق بالشـرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لايحتـمل التعليق بالشرط فكذلك لايحـتمل اشتراط الخيـار، إلا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمتنع كـون الكلام اقرارا والخيار يدخل فى حكم السبب فإذا لغـا بقى حكم الاقرار وهو اللـزوم كما أن التـعليق بالشرط يمنـع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لايمنعه كذا فى المبسوط وغيره أهـ.

أقول وبمراجعة مسألة التعليق ومسألة الخيار فى كتب الأصول يتضح لك الفرق جليا.

ثم قـال قاضـى زاده ما نصـه قـال فى المحـــيط البـرهانى: هـــذا إذا أقـر بالمال مطلقـــا ولـم يبـين السبب. فأمـا إذا بين السبب بأن قـال لفلان على ألف درهــــم مـن قرض أو غـصب بعـينـه أو مســــتهلك أو وديعـة بعـينهـا أو مستهلكة على انى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم، لأنـه وإن بين السبب إلا أن

إشتـراط الخيار فيـما بين من السبب لايصح، لأن سبب الوجـوب إن كان استهـلاكا فالاستهلاك بعد تحـققه لايحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيـار فيه وإن كان قرضا أو غصـبا بعـينه ووديعة بعـينها فكذلك لايصـح اشتراط الخـيار فـيه، وإن كـان قابلا للفسـخ بالرد لأن حق الفسخ للمـقر ثابت من غـير خيـار بأن يرد ما قـبض فيـفسخ القرض والغصب فلايكون فى اشتراط الخـيار فائدة. ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع، على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الأصل فى جانب المقر إنما ذكره فى جانب المقـر له ولاشك أن المقر له إذا لم يصدق المقر فى الخيـار لايثبت له الخيـار لأنه فى الحاصل يدعى شراء بشـرط الخيار لأن هذا اشـتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء واشتراط الخيار، فى الشراء مستقيم بخلاف ما إذا ذكر المال مطـلقا ولم يبين السـبب، لأن هناك المال مشـروط فى الاقرار واشـتراط الخيار فى الاقرار لايستقيم أهـ وتمامه فيه فراجعه وقارنه بما يأتى.

ونقل فى شرح المادة (١٨٥٤) من المجلة عن الـبحر أنه إذا أقر بدين لزمـه بسبب عقـد وأنه وقع بالخيار له فيـصح باعتبـار العقد إن برهن أو صدقـة المقر له وإذا أنكر المقر له فالقول قوله. ولو أقر بدين بسبب كفالته على أنه بالخيار مدة قصيرة كانت أو طويلة فانه يصح إذا صـدقه المقر له، لأن الكفالة عـقد أيضا أهـ راجع مدة الخـيار فى الكفالة.

ولايتوقف الاقرار على قبول المقر له ولكنه يرتد برده كما قدمناه.

فإذا رد المقر له كل المقر به بطل حكم الاقرار فى الكل، وإذا رد مقدارا من المقر به لايبـقى حكم الاقرار فى المقـدار المردود ويبـقى فيـما وراءه ــ وليس كل اقـرار يرتد بالرد بل الذى يرتد منه هو ما كان الحق فيه خالصا للمقر له، وأما إذا لم يكن خالصا له كأن يكون مشتركا بينه وبين المقر كالشراء والنكاح فلا يستبد المقر له برده (١).

ولو قبل المقر له الاقرار ثم رده (كأن قال ليس هذا الذى أقر لى فلان به ملكى) لايرتد

---

(١) وتنص المادة ١٨ من مشـروع قانون الأثبات والمواد المدنيـة والتجارية «لايتـوقف الاقرار على قبـول المقر له ولكن يرتد برده».

لأن المقر به صار ملكاً خاصا للمقر له بقبوله ونفى الإنسان ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لايصح. نعم لو تصادقا على عدم الحق صح.

ولو رده ثم قبله بعد الرد لايصح لأن حكم الاقرار بطل بالرد ولكن هذا فى الاقرارالذى يرتد بالرد، أما مالا يرتد بالرد كالنسب والنكاح فإنه لو ادعاه المقر له بعد رده يقبل.

ولو أعاد المقر اقراره بعد أن رده المقر له فصدقه فى الاقرار الثانى فإنه يلزمه استحسانا لاقياسا، وجه الاستحسان أنه يحتمل أنه كذب بغير حق لغرض من الأغراض الفاسدة فانقطع عنه ذلك الغرض فرجع إلى تصديقه ووجه القياس أن الاقرار الثانى عين الأول فالتكذيب فى الأول تكذيب فى الثانى (أنظر الدر ورد المحتار وتكملته).

قال فى الدر والتكملة ما خلاصته: المقر له إذا كذب المقر بطل اقراره إلا فى مسائل وهى:

(أ) الاقرار بالحرية، فإذا أقر أن العبد الذى فى يده حر تثبت حريته وأن كذبه العبد. أقول ولعل وجهه أن الحرية ليست حقاً خالصاً للعبد بل يترتب عليها حقوق الله تعالى فلا يملك العبد اسقاطها. والشارع أشد ما يكون تشوقا إلى الحرية كما بين ذلك فى آى الذكر الحكيم وسنة النبى الكريم صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

(ب) النسب فى بعض الصور. راحع الاقرار بالنسب

(جـ) ولاء العتاقة.

(د) الوقف فان المقر له بالوقف إذا رده ثم صدقه صح ونقل الحموى عن الاسعاف أنه لو أقر لرجلين بأرض فى يده أنها وقف عليهما وعلي أولادهما ونسلهما أبدا ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين فلو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه. وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فإنها لاتصير له مالم يقر له بها ثانيا والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها

لاتصير ملكا لاحد بتكذيب المقر له فإذا رجع ترجع إليه الأرض المقر بكونها ملكا ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب أهـ وتمام البحث فى الأصل فراجعه.

(هـ ـ و) الطلاق والعتاق فإن الاقرار بهما لايبطل بتكذيب المرأة والعبد لأن كلا منهما اسقاط بالمسقط وحده وكذا غيرهما من الاسقاطات.

(ز) الميراث فلو قال لست وارث فلان لايبطل حقه فى الارث (راجع ما يسقط من الحقوق بالاسقاط وما لايسقط).

(ح) الرق فلو قال له أنا رقيقك فأنكر ثم ادعاه وصدقه العبد صح.

(ط) النكاح، فلو قال لها تزوجتك أمس فقالت لا ثم قالت بلى وقال هو لا لزمه النكاح، لأن اقراره لم يبطل إذ النكاح عقد لازم لايبطل بمجرد جحود أحد الزوجين فيصح بتصديقها بعد التكذيب فيثبت ولايفيد انكاره بعد أهـ (تكملة) ومثل النكاح كل ما كان الحق فيه مشتركا بين المقر له والمقر كالبيع (أنظر تكملة رد المختار ومتفرقات قضاء البحر) ثم قال فى الدر والضابط ان مافيه تمليك مال من وجه يقبل الرد وإلا فلا كابطال شفعة وطلاق وعتاق لايقبل الرد وهذا ضابط جيد فليحفظ وقال في التكملة نقل العلامة البر بن الشحنة عن تقويم الدبوسى الصدقة بالواجب أى الثابت فى الذمة اسقاط كالصدقة بالدين على الغريم وهبة الدين له فتتم له بغير قبول كذا سائر الاسقاطات تتم من غير قبول إلا ان ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الارتداد بالرد، وماليس فيه تمليك مال لم يقبل كإبطال حق الشفعة والطلاق وهذا ضابط حسن فتنبه له أهـ قال بعض الفضلاء هذا الضابط ظاهر فيما يقبل الرد من الإنشاءات لكن هو خارج عما فيه البحث من كون الاقرار يرتد أو لايرتد إذ الاقرار لاتمليك فيه أهـ (عبارة التكملة) .

أقول: فيما قاله هذا الفاضل نظر، فقد صرحوا بأن الاقرار اظهار فى حق ملكية المقر به أما فى حق الرد فيعتبر تمليكا مبتدأ كالهبة ولذا يرتد برد المقر له (أنظر تكملة رد المحتار وشرح المجلة) وقد أشرنا إلى هذا فيما تقدم فلم يبق للاعتراض محل.

ونقل فى التكملة عن الذخيرة أن من اقر لإنسان بشىء وكذبه المقر له فقال المقر

أنا أقيم البينة على ذلك لاتقبل بينته أهـ ولم يذكر وجهه.

وأقول: قد يلاحظ أن الشيء المقر به قد يكون في ثبوته للمقر له اضرار به فهو يكذب المقر اتقاء لهذا الضرر ويمكن أن يمثل لهذا بما لايحصى من الأمثلة والبينة التى تثبت الملك لشخص فى شىء ينفى هو ملكه إياه عن نفسه إنما اعتمدت فى تحمل الشهادة على معاينة اليد أو معاينة السبب وقد تكون اليد غير يد ملك فى الحقيقة وقد يكون السبب قد ارتفع برافع لهذا كان نفى الملك ممن نسب إليه أقوى مما يثبت عليه بالشهادة.

والاقرار يصح للغائب كما يصح للحاضر لكن يكون غير لازم بل يتوقف على تصديق الغائب (أنظر الدعوى المخمسة فى أثناء الكلام مع ابن أبى ليلى) وعلى هذا لو أقر بعين لغائب ثم أقر بها لحاضر صح اقراره الثانى كالفضولى إذا باع عينا لزيد ثم باعها لبكر قبل اجازة المالك البيع الاول صح بيعه لبكر موقوفا على الاجازة والحاصل ان الاقرار لكل من الحاضر والغائب صحيح مطلقا بلا قبول لكنه لازم فى حق المقر بالنسبة للحاضر فلايملك الاقرار به لغيره قبل ان يرده وغير لازم فى حق المقر بالنسبة للغائب فيجوز له أن يقر لغيره وأما المقر له فالاقرار غير لازم فى حقه سواء أكان حاضرا أو غائبا فله أن يرده فى الحالتين على ما تقدم (أنظر تكملة رد المحتار).

واختلاف المقر والمقر له فى سبب المقر به لايمنع صحة الاقرار فلو ادعى زيد على بكر ألفا من جهة القرض فأقر بكر بألف من جهة ثمن المبيع فلا يكون اختلافهما هذا مانعا من صحة الاقرار لأنه لا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجود أصل المال (تكملة الفتح) وعلى ذلك إذا وقع الأختلاف فى السبب يثبت المقر به ويبطل السبب، وأنظر المادة (١٥٨١) من المجلة وشرحها والمادة (١٢٦) من اللائحة السابقة وهى المادة (١٢٥) من اللائحة الشرعية.

قال فى المذكرة الايضاحية مانصه المادة ١٢٦ قد يخفى الحكم فيها على بعض القضاة أيضا فلا يعتبرون الاقرار فى حالة اختلاف المقر والمقر له فى سبب المقر به مع أن الحكم الشرعى ليس كذلك فلو ادعى احد مبلغا بسبب القرض والمدعى عليه

أقر بهذا المبلغ ولكن بسبب البيع (مثلا) فلا يكون اختلافهما هذا مانعا من صحة الاقرار واعتباره فيلزم المدعى عليه بدفع المبلغ للمدعى.

وكما يكون الاقرار صراحة بالقول يكون أيضا بطريق الدلالة فلو طلب شخص الصلح عن مال كان طلبه هذا اقرارا بذلك المال فإذا قال رجل لآخر لى عليك ألف فأعطنى إياه فقال المطلوب صالحنى بسبعمائة (مثلا) فإن هذا يكون اقرارا منه بالألف المطلوب. وكذا إذا إستام شيئا أو استعاره أو استوهبه كان هذا اقرارا منه دلالة بعدم ملكيته الشيء الذى استعاره أو استأجره (٢) لأن الإنسان لايستام ولا يستأجر إلخ ملك نفسه.

ولو قال رجل لآخر لى عليك ألف فقال فى جوابه: الحق أو الصدق أو اليقين ، أو قال حقا أو صدقا أو يقينا أو كرر لفظا من هذه الألفاظ كان كل ذلك اقرارا أما لو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لايكون اقرارا لانه كلام تام بخلاف مامر لأنه لايصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق، ولو قال لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو اجلنى به أو قضيتك إياه أو نحو ذلك كان اقرارا بها وذلك لرجوع الضمير إليه فكان كل واحد منها جوابا. وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء أما لو ادعى الاستهزاء فإنه

---

(٢) قال في شرح المادة (١٥٨٣) من المجلة: وهذا متفق عليه ولكن هذ الاستيام ونحوه اقرار بالملك لذي اليد؟ روايتان فعلي رواية الجامع «نعم» وعلي رواية الزيادات «لا »وهو الصحيح (رد المحتار عن الصغري) وفي الانقروي عن الرشيدية ينبغي ترجيحه لأنه ظاهر الرواية وصحح بعضهم رواية الجامع وعليها الشروح والظاهر من عبارة المادة اختيار رواية الزيادات يكون الاستيام ونحوه اقرار بأنه لا ملك للمساوم الخ لها بكونه اقرارا بالملك لذي اليد وتظهر ثمرة الخلاف في مسائل: (منها) لو إستام شيئا ثم شهد به لغير المستام منه فعلي رواية الزيادات تسمع وعلي رواية الجامع لا و(منها) لو استام شيئا ثم ادعاه بوكالة او وصاية فعلي الرواية الأولي تسمع وعلي الثانية لا وما ذكره الانقروي من انه لو استاجر ثوبا أو إستعاره ثم ادعاه لابنه الصغير فانه يقبل هو مبني علي رواية الزيادات ثم لا فرق بين ان يكون الاستيام ونحوه من ذي اليد أو من وكيله كما في التنوير وغيره وقد فصلنا القول في هذه المسألة في باب التناقض من كتاب الدعوى

لايصدق بـل لابد من البينة. ولو قـال: اتزن أو انتقـد بلاضمـير لايكون اقـرارا لعدم انصرافـه إلى المذكور فكان كـلاما مـبتدأ والأصـل أن كل ما يصلح جـوابا لا ابتداء يجـعل جوابا، ومـا يصلح للابتـداء لا للبناء على كـلام سـابق أو يصلح لهـما مـثل (اتزن) يجعل ابتداء لـئلا يلزمه المال بالشك وهذا التفصـيل بين ذكر الضمـيـر وعدمه إذا كان الجواب مستقلا بالمفهومية بأن يفهم معنى يحسن السكوت عليه فلو كان غير مستقل بأن لايتأتى فهمه إلا بالنظر لِمَ بنى عليه كقوله (نعم) كان اقرارا مطلقا سواء ذكره بضـمير كأن يقـول نعم هو علىّ بعد قوله لى عليك ألف أو لم يذكـره بأن قال نعم فـقط. وعلى ذلك لو قال: أعطنى ثوبى هذا فـقال نعم كـان اقرارا منه بـالثوب. أنظر الخانية والـدر وحاشية الطحاوى وتكملة رد المحـتار.والمادة (١٥٧٢) من المجلة وشرحها.

واقرار الأخرس يكون باشارته المعهودة فإن كان يسـتطيع الكتابة فلا يعتبر اقراره إلا بها على أرجح الرأيين وهو مـا اختاره المحققـون وقد فصلنا القول فيـه فى كتاب الدعوى، وبه أخذت اللائحة الشرعيـة فى المادة (١٢٨) ونصها اقرار الأخرس يكون باشارته المعهودة ولا يعتبر اقراره بالاشارة إذا كان يمكنه بالكتابة أهـ وقال فى المذكرة الايضاحيـة ما نصه: المادة (١٢٨) بين فيـها أيضا حكم شرعى قـد يخفى على بعض القضاة فلايعـتبر اشارة الأخرس أو قد يعتبرها مـطلقا ولو أمكنه الكتابة أهـ والإيماء بالرأس من الناطق ليس باقـرار (أنظر الدر والتكملة وأنظـر المادتين ٧٠ و١٥٨٦ من المجلة وشرحهما. (٣)

ويكون الإقرار بالكتـابة كما يكـون باللسان كمـا تقدم غيـر أنا نقول هنا أن المادة (١٢٩) من اللائحةنصت على أنه لا تقبل دعـوى الإقرار الصادر قبل قيـام الخصومة أو بعدها إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه إمضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صـحته أهـ. وجاء فى المذكرة الإيضاحية ما

---

(٣) مادة ١٦ مـشروعع قـانون الاثبـات فى المواد المدنية والتـجارية ويكون الاقـرار صراحـة أو دلالة باللفظ أو الكتابة وكذا الاشارة المعهودة من الأخرس الذى لايعرف الكتابة.

نصه: المادة (١٢٩) تعديل للمادة (٢٩) من لائحة سنة ٩٧ وقد قصد بوضع المادة (٢٩) تقليل الدعاوى المزورة فكان الخصم إذا أعيته الحيلة فى إثبات الحق الذى يدعيه- يدعى على خصمه أنه أقر به أمام شهود وشهود الزور كثيرون وشهادتهم على الإقرار بالحق أيسر من شهادتهم بنفس الحق فكثر التزوير فى ذلك فأريد بوضع المادة (٢٩) تقليله. ولما لم تكن وافية بهذا الغرض كما دل على ذلك العمل فقد أشكل أيضا على بعض القضاة فهم المراد منها ولوحظ ذلك فى التعديل فزيدت عليها قيود وغير وضعها إلى ما ترى أهـ.

وقد جاء فى شرح القانون المدنى أن القرار على نوعين إقرار فى غير مجلس القضاء وإقرار فى مجلس القضاء فإن كان الإقرار فى غير مجلس القضاء شفويا فلا عبرة به ولا يجوز لمدعيه إثباته إلا فى الأحوال التى يجوز له فيه الإثبات بشهادة الشهود. والسبب فى ذلك عدم تمكين المتقاضين من مخالفة مبدأ عدم الإثبات بالشهود وإن كان مكتوبا وعليه توقيع الخصم فهو حجة عليه وإن كان القانون لم ينص على ذلك لأنه فى قوةالعقد الكتابى والإقرار فى مجلس القضاء هو الذى يقع فى ورقة رسمية معلنة من المقر إلى خصمه أو هو الذى يقع شفويا فى الجلسة أمام القاضى أهـ. وستأتى تكملة لهذا الموضوع عند الكلام على أحكام الإقرار قانونا.

من القواعد الفقهية أنه لا ينسب لساكت قول وقد ذكرنا هذه القاعدة فى أحكام السكوت فى قسم الأحكام وبينا ما خرج عنها وانظر الاشباه والنظائر وحواشيها وجامع الفصولين ونور العين وتكملة رد المحتار والمادة ٦٧ وشرحها من المجلة وقد ذكرنا فى حكم الدعوى نقلا عن الدر والتكملة أن المدعى عليه لو لزم السكوت فلم يجب إلا بإقرار ولا بانكار فعند الطرفين يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه عسى أن يكون به آفة فى لسانه أو سمعه فإن أخبروه أنه لا آفةبه يحضر مجلس الحكم فإن سكت ولم يجب اعتبر منكرا فيحلف من غير حبس: وعند الثانى يحبس ليقر أو ينكر والفتوى على قول أبى يوسف على الأرجح. لكن السكوت يعتبر رضا وإقرار فى مواضع ذكرناها فى محلها ولنذكر بعضها هنا فمن ذلك أن الزوجة لو ولدت فهنأ الناس زوجها فسكت الزوج لزمه الولد فليس له نفيه بعد ذلك كما لو أقر.

(ومنهـا) باع عقـارا وامـرأته أوولده أو بعض أقاربه حـاضـر فسكت ثم ادعـاه على المشتـرى من كان حاضـرا عند البيع من هؤلاء.. افتى مـشايخ سمـرقند أنه لا يسمع وجعـل سكوته فى هذه الحالة كـإقرار دلالة قطعـا للاطماع الـفاسدة وافـتى مشـايخ بخـارى أنه ينبغى أن يسـمع فـينظر المفتى فى ذلـك فلو رأى أنه لا يسمع لاشـتهـار المدعى بالحيل والتلبيس وأفتى بذلك كان حـسنا سدا لباب التزوير. (ومنها) رآه يبيع عرضـا أو دارا فتصـرف فيه المشـترى زمانا وهو سـاكت سقط دعـواه (ومنها) رجل تصـرف زمـانا فى أرض ورجل آخر رأى الأرض والـتصـرف ولم يدع ومـات على ذلك فلا يسـمع بعد ذلك دعوى ولـده فيترك عـلى يد المتصرف لأن الحـال شاهد له (ومنها) انفقت الأم فى تجهيز بنتها ما هو معتاد فسكت الأب لا تضمن الأم. (ومنها) امـرأة دفعت فى تجـهيزها لبنـتهـا أشيـاء من أمـتعـة الأب والأب سـاكت فليس له الاسترداد. (ومنهـا) سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولى واسـتئذان الولى إياها على ما بيناه فى كتاب النكاح.

والحاصل أن القاعدة هى الأصل وأن الاحتيـاط قاض بالأخذ بها ولا يعدل عنها إلا لمعنى خاص وهو يختلف باختلاف الجزئيات المستثناة كما وضحناه فى محله.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الإقـرار كـما يكون بـاللفظ الصـريح يجـوز- وعلى مـا جرى به قـضـاء هذه المحكمة- أن يستـفاد من دلالة التعبير أو من السكوت فى بعض المواضع التـى يعتبر الساكت فـيها مقـرا بالحق بسكوته استثناء من قـاعدة ألا ينسب لساكت قـول ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته فقـد اعتبر سكوته فى هذه الحالة إقرارا منه فـى مقام التـدليل على ثبوت نسب المطـعون عليهـا من أمهـا المتوفـاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها فى فقه الحنفية ذلك أنه حصل فى ظروف قيد ميلادها باعتـبارها ابنة المتوفاه وتقديم الأخـيرة طلبها لاستخراج صـورة من القيد فى اليوم التـالى لإجرائه وتسلمها المسـتخرج موضـحا به أنها والدة البنت المقـيدة وعدم اعتراضـها على ذلك إقرار المتوفـاة بأمومتها للمطعـون عليها، وهو تحصـيل صحيح

شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت البنوة بالسكوت المفصح عن الإقرار به. (١).

- متى ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش، مما أجراه المتوفى من قيد المطعون عليها الأولى منسوبة إليه فى دفتر المواليد وما جاء على لسان وكيله فى دعوى النفقة التى رفعتها ضده المطعون عليها الأولى تطالبه بالانفاق عليها بوصفه أباها وملزما بنفقتها من مصادقة عليها، ليس إلا إقرارا مؤيدا لثبوت النسب بالفراش وإقرار الأب بنسب الولد إليه يكون منه باللفظ صريحا أو دلالة وبالإشارة حتى مع القدرة على العبارة وبالكتابة الخالية من مظنة التزوير، وبالسكوت عند تهنئة الناس له بالمولود مادام النسب ليس محالا عقلا بأن كان المقر له يولد مثله لمثل المقر، أو باطلا شرعا كنسب ولد الزنا، دون اشتراط حصول الإقرار فى مجلس القضاء على أن يكون الولد مجهول النسب وأن يصادق على ذلك إن كان مميزا ولا يغير من ذلك ما جاء فى كتاب مستشفي الأطفال الجامعى من أنه ثابت فى سجلاتها الخاصة بورود الأطفال من أن الطفلة سلمت للمورث واستخرجت لها شهادة ميلاد من مكتب صحة السيدة زينب، طالما أن النسب قد ثبت بالفراش المؤيد بالإقرار (٢).

- الأصل أن يكون الإقرار صريحا وأن الإقتضاء فيه استثناء من حكم هذا الأصل، فلا يجوز قبول الإقرار الضمنى ما لم يقم دليل يقينى على مرماه (٣).

- الإقرار استخلاصه أو نفيه من سلطة محكمة الموضوع، النعى عليه في ذلك جدل موضوعى تنحسر عنه رقابة محكمة النقض (٤).

---

(١) الطعن رقم ١٧ سنة ٤٦ق- أحوال شخصية- جلسة ٢٢/ ٢/ ٧٨
مجموعة القواعد التى قررتها محكمةالنقض فى خمسين عاما ص٧١٤ قاعدة ٢٠٢٠.

(٢) الطعن رقم ١٠ لسنة ٤١ق- أحوال شخصية- جلسة ٥/ ٢/ ١٩٧٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمةالنقض فى خمسين عاما ص٧١٤. قاعدة ٢٠١٩

(٣) الطعن رقم ١٢٣ سنة ٣٨ ق أحوال شخصية مال جلسة ٢٦/ ٢/ ١٩٧٤
مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ ص٤٢٨

(٤) الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية»- جلسة ١٢/ ٨/ ٢٠٠١).

الفصــــل الرابــــع

تجـــزؤ كـــلام المقـــر

قال فى شرح القانون ما نصه: الإقرار لا يتجزأ فلا يجوز لخصم المقر أن يأخذ من الإقرار ما ينفعـه ويترك ما يضره (المادة ٢٣٣) (١) مثال ذلك: ادعى زيد على بكر أنه اقترض منه ألف قرش ويطلب الزامه بأدائها وأقر بكر بأنه اقترض المبلغ حقيقة ولكنه رد ه إلى زيد أو رد نصفه ولم يبق عليـه إلا النصف. ليس لزيد أن يأخذ بالشق الأول من الاعتراف وهو حـصول القرض ويترك الشق الثانى وهـوالوفاء بالكل أو البعض أهـ. وسيأتى تتمة الكلام فى هذه المسألة عند الكلام فى أحكام الإقرار قانونا.

ونقل فى الطرق الحكميـة عن القاضى إياس أن من أقـر بشىء وليس عليـه بينة فالقـول ما قاله قال وهـذا أيضا من أحسن القضـاء لأن إقراره علم على صدقـه فإذا ادعى عليه الفا ولا بـينة له فقال صدق إلا أننى قضـيته إياه فالقـول قوله. وكذلك إذا أقر أنه قبض من مورثه وديعة ولا بينة له وادعى ردها إليه.

وأما على مذهب أصحابنا رضى الله عنهم فهذا الكلام يتجزأ فهو متضمن إقرارا بالدين وهو حجـة علي المقر ودعوى الوفاء فـعليه إثباتها بالبـينة وسيأتى ما يـوضحه عند قوله (هذه الدار لزيد وبناؤها لى).

أقول: إذا كان المدين يعلم يقينا بأنه استدان ما ادعاه المدعى وأنه وفاه إياه ولا بينة فى الحالتين فهل يصدق فى الأولى فيلزمـه أداء الدين مرة ثانية على قول الأصحاب

---

(١) المادة ٢٣٢ من القـانون المدنى القـديم تقـابل المادة ٤٠٨ من القـانون المدنى الحـالى والغـيت المادة ٤٠٨ من القانون المدنى بإصدار قانون الإثبات.

مادة ١٠٤ من قانون الإثبات.

« الإقرار حجة قـاطعة على المقر. ولا يتجزأ الإقرار علـى صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متـعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود فى الوقائع الأخرى » .

مـاذة (٢٤) مـــشـروع قـانون الإثـبـات فى المواد المدنيـــة والتـجـــارية (الإقـرار لا يتـجــزأ على صــاحـــبه».

جزاء صدقه أو يرتكب نقيصة الكذب فى الاستدانة ليخلص من الأداء مرة ثانية وقد يأبى عليه الكذب دينة ومردوءته وكرامته فهو لابد واقع فى الضرر على كلا التقديرين؟ فالأحسن ما اختاره ابن القيم للمعنى الذى قاله حيث لا دليل على الدين إلا إقرار المدين.

وقد نقل فى تكملة رد المحتار عن العلامة الرملى أن المقر لو ادعى أنه قال إن شاء الله متصلا بإقراره فإن كان إقراره قد ثبت بالبينة فلا يصدق فى دعواه إلا بينة المشيئة.

أما إذا قال ابتداء أقررت له بكذا مستثنيا فى إقرارى فإنه يقبل قوله بلا بينة أهـ. وقال هذا هو الفقه فلم لا يعمم فى كل إقرار للمعنى الذى قاله ابن القيم ويدخل فيه قوله: هذه الدار لزيد وبناؤها لى. إلخ وإن كان المذهب يخالف ذلك فلينظر.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

النص فى المادة ١٠٤ من قانون الإثبات على أن «الإقرار حجة قاطعة ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى يدل على أن الإقرار القضائى وهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة بما ينبنى عليه إقالة خصمة من إقالة الدليل على تلك الواقعة وقد يضاف إلى الإقرار شق آخر يكمل الاعتراف بالواقعة أو يشل دلالة هذا الاعتراف ويكون غير منفك عنه فى صدوره وهو ما يعرف بالإقرار المركب ويعتبر الشق المضاف غير منفك عن جملة الإقرار بحيث يعتبر حجة بأسره. لا جزء منه فحسب لما كان ما تقدم وكان الثابت من الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه وإلى أوراق الدعوى أن المطعون ضده قد أقر أمام المحكمة بأن العملية محل الخلاف رست عليه ولكنه لم يقم بتنفيذها وإنما تنازل عنها وهو من قبيل الإقرار المركب وذلك لتوفير الارتباط بين الواقعة الأصلية وهى رسو العملية محل الخلاف على المطعون ضده والواقعة المصاحبة لها وهى عدم قيامه بتنفيذها وتنازله عنها لآخر وهذا الارتباط يؤثر على كيان الواقعة

الأولى ووجودها القانونى ومن ثم فهو لا يقبل التجزئة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائى فيما قضى به من إلغاء قرار لجنة الطعن على أساس أن الطاعنة لم تقدم الدليل على قيام المطعون ضده بتنفيذ العملية موضوع الربط لحسابه الخاص فإن النعى عليه بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق يكون على غير أساس (١).

- انه وإن كان الأصل فى الإقرار المركب أنه لا يجوز تجزئته إلا أنه يجب أن تكون الواقعة الأخرى المرتبطة مع الواقعة الأصلية المعترف بها ثابتة لا يدل ظاهر الحال على عدم صحتها (٢).

- من المقرر -وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- عدم تجزئه الإقرار الموصوف أو المركب- المتخذ كدليل فى الدعوى- محله ألا يكون فيها دليل غيره (٣).

- قبول الإقرار أو عدم قبوله للتجزئه لا يمنع المقر له فى الحالتين من التمسك بما هو فى صالحه من الإقرار على أن يتحمل عبء نفى الواقعة المرتبطة إذا كان الإقرار غير قابل للتجزئة ويتحمل المقر عبء إثباتها إذا كان الإقرار قابلا للتجزئة (٤).

---

(١) طعن رقم ٢٢٧ سنة ٤٩ق جلسة ٩/ ٢/ ١٩٨١.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٤٨ قاعدة ١٧٩٣.

(٢) الطعن رقم ٢٥٨٨ سنة ٥٩ ق جلسة ٧/ ٢/ ١٩٩٨.

(٣) الطعن رقم ٥٩٩ سنة ٤١ ق جلسة ٢٨/ ١٢/ ١٩٨٢.

(٤) الطعن رقم ١٥٤٦ سنة ٥٠ ق جلسة ٢٠/ ١١/ ١٩٨٥

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات (١٩٨٠-١٩٨٥) ص ٣٥ قاعدة ٣٨.



الفصل الخامس

شروط الإقرار

في كل من المقر والمقر له والمقر به

الفرع الأول

شروط المقر

يشترط أن يكون المقر عاقلا بالغا فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه (١) ولو أجازه الولى لفقدان أهلية الالتزام بعباراتهم ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم لأنه إقرار على الغير وهو باطل (٢) غير أن الصبى المأذون له بالتجارة يكون إقراره صحيحا فيما يتعلق بالتجارة كإقراره بالبيع وقبض الثمن.

---

(١) مادة ١٧ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية يشترط فى المقر أن يكون عاقلا بالغا مختارا غير محجور عليه.

(٢) قال الأستاذ المرحوم أبوهيف ما نصه: يجوز استجواب كل خصم من الخصوم سواء كان طرفاً أصلياً أو ضامنا فى الدعوى أو شخصاً ثالثا داخلا فيها أو كان ممن يؤثر الحكم فى حقوقهم. ولكن لا يجوز استجواب القصر والمحجور عليهم فى المواد الخارجة فى تصرفاتهم الجائزة فإن اعترافهم بها يجب ألا يضرهم ولذلك لا يصح استجوابهم كما لا يجوز استجواب غير الخصوم فانهم إنما يؤدون الشهادة حسب أصولها. ولا الأوصياء فيما لا يجوز لهم الإقراربه على القاصر فإن ذلك يضر به أهـ.

أقول وهذا حكم الشرع بعينه كما لا يخفى. وقال فى شرح المادة (١٧٥٣) من المجلة نقلا عن الحامدية ما نصه: إذا أقر الوصى بدين على الميت لا يصح إقراره لكن لا يخرج به عن أن يكون خصما للغريم فإن أقام عليه الغريم بينه بالدين الذي أقربه تقبل به بينيته. وإذا قضي الوصي دينا علي الميت بلا بينه ثم كبر الصغير وأنكر الدين علي أبية يضمن الوصي ما دفعه إلي الغريم أن لم يكن للغريم بينة عليه. ولو لم يكن للوصى بينة على ثبوت الدين فله تحليف الصغير عليه (انظر تحليف الصغير فيما كتبناه فى كتاب الدعوى فإنه واف جدا) وفيها عن الجامع الكبير: الأصل أن الوصى متى أقر بتصرف فى مال الصغير بعد بلوغه والصغير منكر: ينظر فإن كان تصرفا هو مسلط عليه من جهة الشرع فإنه يصدق فيه ويقبل قوله بيمينه وان كان تصرفاً لم يكن هو مسلطا عليه من جهة الشرع فإنه لا يصدق فيه ولا يقبل قوله بدون بينة فإن قال انفقت عليك مالك فى صغرك، والنفقة نفقة مثله فى المدة وأنكر الصغير صدق الوصى بيمينه لأنه مسلط على الانفاق بنفقة المثل شرعا أما لو كانت النفقة زائدة عن نفقة المثل فلا يصدق الولى فى الفضل لأنه ليس بمسلط عليه أهـ. أقول وانظر ما حررنا فى كتابنا الأحوال الشخصية فى إقرار الولى على موليه بالنكاح حال صغره وبعد بلوغه فقد بحثته بحثا وافيا والله الموفق.

ويشترط فى المقر أيضا أن يكون غير محجور عليه بما يمنع من نفاذ التصرفات التى أقر بها فإن أقر السفيه أو المدين المحجور عليهما بمال لشخص فإن الإقرار يتوقف حتى يفك الحجر .وذلك لقيام أهلية المقر المصححة لعبارته وقت الإقرار غير أنه وجد مانع الحجر فإذا زال المانع ظهر أثر الإقرار: ويشترط أيضا رضا المقر فإذا أقر وهو مكره (٣) فإقراره باطل وكذلك إذا كان هازلا فى إقراره (٤) وكذلك السكران إذا كأن سكره بمباح كان شرب مكرها أو مضطرا. أما إذا كان سكره بطريق محظور ففيه تفصيل وخلاف بين العلماء وقد بينت ذلك بما لا مزيد عليه فى كتابى «الأهلية وعوارضها فى عارض السكر فأرجع إليه».

ويشترط لقبول إقراره على نفسه أن لا يكذب ظاهر الحال المقر فى إقراره ، فلو أقر لمن لا يولد مثله لمثله أنه ابنه لا يصح إقراره لظهور بطلانه. وكذا لو أقر الصغير الذى لم تتحمل جثته البلوغ بقوله بلغت لا يصح إقراره ولا يعتبر ومنه ما لو قال إن فلانا أقرضنى كذا فى شهر كذا وقد مات قبله فلا شىء يلزمه. ومن ذلك مالو أقر لوارث بقدر من السهام وهو أزيد من الفريضة الشرعية فهوإقرار باطل لكونه محالا شرعا كما لو مات عن ابن وبنت فأقر الابن أن التركة بينهما نصفان، ومنه ما إذا قالت امرأة أن المهر الذى لى على زوجى هو لوالدى

---

(٣) سواء كان الإكراه ملجئا أم غير ملجىء- راجع كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض الإكراه.

(٤) نقل فى شرح المجلة للمادة (١٥٧٥ عن الحامدية ما خلاصته: ادعى زيد على عمرو مبلغاً معلوما من جهة القرض فقال عمرو انك أبرأتنى من القرض المذكور فادعى زيد بأن الإبراء صدر بينهما على سبيل التلجئة وفسرها وأقام بينه عليها فهل تقبل بينته؟ الجواب نعم إذا ادعى أن ما صدر بينهما كان بطريق التلجئة والمواضعة وفسرها وأقام بينة على وفق مدعاه تقبل بينته بطريقها الشرعى وكما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إنى أقر لك فى العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره. وان ادعى أحدهما أن هذا الإقرار هزل وتلجئة وادعى الآخر أنه جد فالقول لمدعى الجد وعلى الآخر البينة كما فى التتار خانية، وذلك لأن الأصل فى العقود الصحة فمدعيها متمسك بالأصل وخصمه متمسك بما يخالفه. وانظر كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض الهزل.

أو لوالدتى، ومنه لو أقرت المطلقة بانتهاء عدتها بالحيض قبل مضى ستين يوما على الطلاق، على ما عليه العمل عندنا الآن وكذا لو أقرت بانقضاء عدتها بالحيض بعد ستين يوما ثم تزوجت فولدت بعد الزواج لأقل من ستة أشهر كان إقرارها باطلا وبطل الزواج وكان الولد ثابت النسب من مطلقها (راجع كتابنا الأحوال الشخصية) ومنه ما لو دلت القرائن على كذب الإقرار، وهذا يرجع إلى فطنة القاضى وقد تكون القرينة سهلة الاستنتاج وقد يصعب استنتاجها.

ويشترط أن يكون المقر معلوما .قال فى تكملة الفتح ما نصه: قال فى شرح الطحاوى .وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الإقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لأن المقضى عليه مجهول وهكذا ذكر فى كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه. أقول فى تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظرا إذ الظاهر أن الجهالة فيه فى المقر عليه لا فى المقر لأنه متعين وهو المتكلم والأولى فى التمثيل لذلك أن يقال. نحو أن يقول لرجل واحد من جماعة أو اثنين لك على ألف ولا يدرى أيهم أو أيهما قال ذلك (٥) أهـ. وكذلك لو قال شخص من بين جماعةاتهموا بجناية قتل إنى أنا القاتل ثم اختفى بينهم وتعذر معرفته.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الأهلية التى تشترط لصحة الأقارير هى أهلية المقر للتصرف فيما أقر به. (٦)
- الإقرار شرط سريانه، وجوب صدوره من المقر أو ممن له صفة فى الإقرار عنه (٧).

---

(٥) ومما ينظر إلى هذا عن كتب ما فى حكاية عبدالحميد الكاتب وعبدالله ابن المقفع لما قيل لهما من عبد الحميد منكما؟ فكل واحد منهما قال: أنا عبدالحميد وقد كان يراد القبض على عبدالحميد ليقتل لسبب سياسى.

(٦) نقض ١٠٧ سنة ٤ ق «مدنى» جلسة ٢٣/ ٥/ ١٩٣٥

مجموعة القواعد التى قررتها محكمةالنقض فى خمسين عاما ص٦٣٢ قاعدة ١٧٣٤.

، مجموعة القواعد القانونيةالتى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة الجزء الأول ص٣٢ قاعدة ٥١.

(٧) الطعن رقم ٦٥٢ سنة ٤٤ ق جلسة ١٦/ ١١/ ١٩٧٨.

الفـــرع الثـــانى

شـروط المقـر لـه

يشترط أن يكون المقـر له معلوما على ما ذهب إليه شمس الأئمـة السرخسى لأن المجهول لا يصـلح مستحقـا إذ لا يمكن الجبر على البـيان من غير تعيـين المدعى فلا يفيـد الإقرار فائدته. وذهب الناطفى وشـيخ الإسلام خواهر زاده إلى صحـة الإقرار للمجهـول إذا لم تكن الجهالة فاحشة كـأن قال لشخصين لأحدكـما عندى كذا لأن صاحب الحق لا يعدوهمـا، وفى مثله يؤمر بالتذكر لأن المقـر قد ينسى صاحب الحق ولكن لا يجبـره القاضى إنما نصب لإيصال الحق إلى مـستحقـه لا لإبطاله وما ذهب إليـه الناطفى وشـيخ الإسلام هو الأصـح لأنه قد يفـيـد وصول الحق إلـى المستـحق بتحليف المقر لكل منها مع نكوله أو بتذكره (١) وإذا اتفقا على أخذه فلهما ذلك. قال الحموى وقد مثل شراح الهداية وغيرها للجهالة الفاحشة بأن قال (لواحد من الناس) ولغـير الفاحـشة بأن قـال (لأحدكـما) وبينهـما مـراتب كمـا لا يخفى. ثم قـال هو وصاحب التكملة ما خلاصـته: إن المقر لهم إذا كانوا يحصون عددا فالجهـالة مغتفرة وإلا فهى فـاحشة. ثم قـيل إن المتفـاحش مائة وقيل مـازاد على المائة (انظر تكملة رد المحتار المادة ١٥٧٨ من المجلة وشرحها).

---

(١) أقول وفى مثل هذه المسـألة يظهر حسن ما ذهب إليه الـشافعى وغيره فى رد اليمـين على المدعى لأنه كيف يكلف المقر اليمـين فى هذه الحالة وهو لا يعرف صاحب الحق منهما أليس فى هذا إحـراج والجاد خفى على أن يعين أحدهمـا وهو على غير بينة مما يقول سـواء أكان ذلك التعيين بإقراره أم بنكوله عن اليمين وبعـيد جدا أن يحلف لهما جمـيعا أو ينكل لهما جميعـا لأنه فى الأصل يقر بالحق لواحد غير معين منهمـا نعم لو أمر بالتذكر فتذكر كـان فى ذلك حسم لمادة النزاع لكن جبره على البيـان ربما يؤدى إلى إعطاء الشىء لمن ليس له فيجب أن يترك البيان لاختـياره لعله يتذكر أو يقيم البينة أو يحلف على حساب ما يراه القـاضى إذ الغرض تعيين صاحب الحق بما تطمئن إليه النفس.

ولا يشترط أن يكون المقر له عاقلا فلو أقر شخص بمال لمجنـون أو معتوه أو صغير غير مميز صح إقراره ويلزمه إعطاؤه ذلك المال ولو بين سببا غير صالح حقيقة كالإقراض وثمن المبيع لأن هذا المقـر محل لثبوت الدين لـلصغير ولو رضـيعا وكذا المجنون والمعـتوه وذلك لاحـتمـال صدور البـيع أو الاقراض من الولى أو الـوصى فتكون الإضـافة إلى الصـغيـر ونحوه مجازا (انظرا الدر وتكملة رد المحتار).

الإقرار للحمل: لو أقـر بشىء للحمل فذلك لا يخلو من ثلاثة أوجـه لأنه إما أن يبين سببا أو لا يبين وإن بين سببا فاما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح. فإن بين سببا صالحـا بأن قال على ألف درهم للـحمل الذى فى بطن فـلانة أوصى له بها فـلان أو مات عمه وتركـها ميراثا له فالإقرار صـحيح لأنه أقر بسبب صالح لثـبوت الملك للجنين ثم إذا جاءت به أمه فى مدة يصدق شرعا أنه كان متحقق الوجود وقت الإقرار فيها لزمه ما أقر به للجنين (راجع الوصية للحمل وميراثه والوقف عليه فى كـتابنا التزام التبرعات وفى كتابنا بحث المواريث المقارن وكتابنا الأهلية وعوارضها فى أدوار الأهلية) فإن جاءت به ميتا بطل الإقـرار له ورجع المـال إلى الموصى والمورث وذلك لأن الملك لا يـثـبت للجنيـن إلا بعـد ولادته حيا ولو جاءت بولدين حـيين فالمال يقسم بينهما نصفين إن كـانا ذكرين أو انثيين، فـإن كانا ذكـرا وانثى فكذلك فى الوصـية وأمـا فى الميراث فلـلذكر ضـعف الانثى (انظر حاشية العناية وتكملة الفـتح والمراجع السابقة) وان بين سببا غيـر صالح كأن قال باعنى أو اقرضنى لم يلزمه شىء لأنه بين سببا مسـتحيلا إذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقـيقة وهـو ظاهر، ولا حكما لأنه لا ولاية لأحـد على الجنين شرعا إذ الولايـة عليه إنما تبتـدىء من وقت ولادته حيا وإذا كان مـا بينه من السبب مسـتحيـلا كان كلامه لغـوا فلا يلزمه شىء فإن قيل فهذا يكون رجوعا عن الإقرار والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصـولا. قلنا ليس كذلك بل هو بيـان سبب محـتمل وقد يشـتبه على الجـاهل فيظن أن الجنين تثبت عليـه الولاية كالمنفصل فيـعامله بواسطة من يظنه وليا عليـه ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سـببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كـلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه (انظرا المبسوط وتكملة الفتح).

وإن أبهم ولم يبين سببا بأن قال له على ألف درهم ولم يزد على ذلك لم يصح الإقرار عند أبي يوسف لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولذا حمل إقرار الصبى المأذون له بالتجارة عليه فيصير كما إذا صرح به وقيل إن أبا حنيفة معه وهو قول الشافعي. وقال محمد وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد يصح الإقرار لأن الاقرار من الحجج الشرعية فيجب إعماله ما أمكن وذلك إذا صدر من أهله مضافا إلى محله. وقد أمكن اعماله هنا وذلك بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون إذا أقر بدين فإن إقراره وان احتمل الفساد بكونه مهرا أو دين كفالة، والجواز بكونه دين تجارة فإنه يكون جائزا تصحيحا لكلامه (انظر التكملتين والعناية وحاشيتها).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الأهلية التى تشترط لصحة الإقرار هى أهلية المقر للتصرف فيما أقر، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز أو المجنون. [1]

---

(١) الطعن رقم ١٠٧ سنة ٤ ق جلسة ٢٣/ ٥/ ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الأول ص ٣٢ قاعدة ٥١ .وفى خمسين عاما ص ٦٣٢ قاعدة ١٧٣٤.

الفرع الثالث

شروط المقر به

فى التصرفات التى لاتكون صحيحة مع الجهالة كالبيع والإجارة يشترط أن يكون المقر به معلوما. وفى التصرفات التى تكون صحيحة مع الجهالة كالغصب والوديعة لايشترط أن يكون المقر به معلوما قال فى تكملة الفتح مانصه. كل تصرف لايشترط لصحة تحققه اعلام ماصادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغضب والوديعة فإن الجهالة لاتمنع تحقق الغصب والوديعة، فإن من غصب من رجل مالا مجهولا فى كيس أو أودعه مالا مجهولا فى كيس فإنه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمها، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ماصادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لايصح، وذلك كالبيع والإجارة فإن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا لايصح ولايجبر المقر على تسليم شىء وهذا لأن الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا أنه باع منه شيئا مجهولا لايجب تسليم شىء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا إذا ثبت بالاقرار. ولو عاينا أنه غصب شيئا مجهولا فى كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالاقرار. وإذ صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له كذا فى الكافى والمحيط البرهانى أهـ. وإذا مات المقر قبل البيان قال الشرنبلالى ينبغى أن يرجع فيه إلى الورثة (أنظر المادة ١٥٧٩) من المجلة وشرحها نقلا عن الدر والتكملة. ويجب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة، قال فى المبسوط: رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزم به مايبينه ولابد أن يبين شيئا هو مال لأن الشىء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فإن الغصب لايرد إلا على ماهو مال وماثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقراراً بشراء ماهو مال لأن الشراء لايتحقق إلا فيه. ولابد أن يبين مالا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى لو

فسره بحبة حنطة لايقبل ذلك منه لأن اقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجرى فيه التمانع. فإذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه، لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا. ويستوى أن يبين شيئا يضمن بالغصب أو لايضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى إذا بين أن المغصوب خمر وكان المغصوب منه مسلما فالقول قوله أما أن كان الذى غصبت منه الخمر غير مسلم كانت مضمونة على الغاصب (راجع أحكام الغصب وعوارض الأهلية) وكذا أن بين أن المغصوب عقار فالقول قوله وان كان لايضمن بالغصب عند أبى حنيفة (راجع أحكام الغصب) أهـ. من الهداية وتكملة الفتح. وقال فى التكملة بعد ذلك ما خلاصته أنه لو بين المغصوب بما يجرى فيه التمانع ولكن ليس بمال كالزوجة والولد بأن قال ماغصبته هو زوجتك أو ولدك فعلى اختيار مشايخ العراق يقبل بيانه لأنه موافق لمبهم كلامه بل التمانع فى الولد والزوجة يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الأموال. وعلى اختيار مشايخ ماوراء النهر وهو اختيار صاحب الهداية لايقبل منه هذا البيان بل يجب أن يبين بما هو مال لأن الغصب لايتحقق إلا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون إنكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح (أنظر الأصل).

ولنذكر هنا خلاصة ماقالوه فى بيان الاقرار بالمجهول ومايتعلق بذلك نقلا عن الهداية والدر المختار وشروحهما وحواشيهما: لو قال لفلان على حق ثم قال أردت به حق الإسلام أو الجوار صدق إذا وصله وإن فصله لا، وعليه مشى فى التاتارخانية وقال العلامة المقدسى: وينبغى أن يصدق إذا فسره بحق الشفعة أو التطرق ونحوه. ولو قال لفلان على مال فالمرجع إليه فى بيانه وبقليل قوله فى القليل والكثير لأن كل ذلك مال غير أنه لايصدق فى أقل من درهم لأنه لايعد مالا عرفا فإن بين المقر مايصح به البيان من المال وادعى المقر له أكثر منه فالبينة على المقر له بالنسبة للزيادة لأنه يدعيها والقول للمقر فيها لأنه ينكرها.

ولو قال لفلان على مال عظيم لم يصدق فى أقل من مائتى درهم لأنه أقر بمال

موصوف فلا يجوز الغاء الوصف، والنصاب عظيم حتى أعتبر صاحبه غنياً به. وعن أبى حنيفة أنه لايصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة لأنه مال عظيم حيث تقطع به اليد ولأنه نصاب المهر أيضا (١) وهذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفى الأبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يكون الواجب فيه من جنسه وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب والظاهر أن التقدير يكون بأقل النصابين قيمة من الدراهم والدنانير. ولو قال أموال عظام بالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه اعتبارا لأدنى الجمع. ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة عند أبى حنيفة لأنها أقصى ماينتهى إليه اسم الجمع. يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه وقالا لايصدق فى أقل من مائتين لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه. ولو قال دراهم فهى ثلاثة لأنها أقل الجمع إلا أن بين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله. ولو قال له على كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر. ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من واحد وعشرين لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر واحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره. ولو قال كذا درهما فهو درهم لأنه تفسير للمبهم وهو كذا الذى هو كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد. ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لانظير له سواه، وان ثلث بالواو فمائة وواحد وعشرون، وان ربع زيد عليها ألف لأن ذلك نظيره. وهكذا.

---

(١) ونقل فى تكلمة رد المحتار عن الفتح أن الأصح أنه على قوله مبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم. وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم. وهو فى الشرع متعارض فان المائتين فى الزكاة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيم. فيرجع إلى حاله، كذا فى النهاية ومثله فى تكملة الفتح أهـ.
أقول وهو تفصيل حسن جدا كما لايخفى.

وإن قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين لأن «على» صيغة إيجاب و«قبلى» ينبىء عن الضمان. ولو قال المقر وهو وديعة ووصل قوله هذا بما قبله من قوله على أو قبلى صدق. لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه، والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا (كما هو الشأن فى بيان التغيير كما سيأتى) ولو قال عندى أو معى أو فى كيسى أو فى صندوق فهو اقرار بأمانة فى يده لأن كل ذلك اقرار يكون الشىء فى يده، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة لأنه المتيقن (أنظر تكملة رد المحتار) ومن شاء المزيد فليرجع إلى الأصل.

ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه وهو الأجل فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى (٢) (أنظر ماتقدم وماسيأتى فى تجزؤ كلام المقر) وهذا اذا لم يصل الأجل بكلامه أما اذا وصل صدق ويعتبر ذكر الأجل من بيان التغيير، وصدر الكلام يحتمله وإذا لم يصدق فى الأجل يستخلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقا عليه. وهذا بخلاف مالو قال له على ألف درهم سود فكذبه المقر له فى الوصف فأنه لايلزم المقر إلا ماأقر به من السود نوع من الدراهم إذ من الدراهم ماهو موصوف بالسواد من أصله ومنها ماهو موصف بالبياض من أصله، وهذا بخلاف الأجل فانه وصف عارض للدين لا يثبت إلا بالشرط، والقول للمنكر فى العارض. والحاصل أن الاقرار بالدين المؤجل هو اقرار بالدين وإدعاء لحصول العارض، والاقرار بالدراهم موصوفة بوصف ثابت لها من الأصل اقرار بالنوع والقول فيه للمقر، إذ الوصف الذى وصف به الدراهم ليس وصفا عارضا لها بالشرط وانما هو ثابت لها من الاصل (أنظر الدر والتكملة والهندية)

ومن أقر بحمل شاة (مثلا) صح اقراره ولزمه لأن له وجها صحيحا وهو الوصية

---

(٢) أنظر تكملة الفتح. وقال الشافعى رضى الله عنه: يلزمه الدين مؤجلا بيمينه (أنظر الدر المختار) ولا يجزأ الاقرار. وهذا من الاقرار الموصوف فى عرف القانون، وهو لايجزأ قانونا بالاجماع، على ماسيأتى فى موضوعه.

به من جـهة غـيره فيـحمل عـليه (هداية). وهل يصح حـمله على الميراث؟ قـال فى تكملة الفتح: ان حمله على الميراث صحيح وبين وجـهه بأن الفقهاء صرحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاسـتثناء - وهذا مما لاشك فيه - فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ثم يموت فتصير الحامل للمـوصى له والحـمل لوارث الميـت. فلو أقـر الموصى له بعـد أن قـبض الحـامل بأن حملهـا لوارث الميت صح اقراره وكـان له وجه صحـيح وهو الميراث. قال فـلا وجه لقول الشراح: لا وجه للمـيراث فى هذه الصورة إلى آخر ماقال فراجـعه وما قاله فى هذه المسألة هو توجيه حسن.

ومن أقر بشيـئين أحدهما ظرف للآخر فـاما أن يذكرهما بكلمـة (فى) أو بكلمة (من)، فإن ذكـرهما من كان يقـول غصبت تمرا من قـوصرة (٣) أو ثوبا من منديل لم يلزمـه إلا المظروف، لأن كلمة من للانتـزاع فيكون اقـراراً بغصب المنزوع فـقط: وإذ ذكرها بكلمة (فى) فأما أن يكون الظرف مما يمكن نقله كقـوله غصبته تمراً فى قوصرة أو ثوبا فى منديل أو طعامـا فى سفينة أو حنطة فى جـوالق، واما أن يكون مما لايمكن نقله كقوله غـصبت دابة فى اصطبل أو طعاما فى بيت، فـإن كان الأول لزمه الظرف والمظروف جمـيعاً لأن الاقـرار بالغصب اخـبار عن نقله، ونقل المظروف حـال كونه مظروفا لايتصور إلا بنقل الظرف فصار اقرا بغصبهما ضرورة، ويرجع فى البيان إليه لأنه لم يعين. وإن كان الثانى فـعلى قول الشيخين يلزمـه المظروف فقط لأن الغصب الموجب للضمان لايتحقق فى غيـر المنقول عندهما (كما بين فى محله) ولو ادعى أنه لم ينقل لايصدق لأنه أقـر بغصب تام لأنه مطلق فـيحمل على الكمـال. وعلى قول محـمد يكون اقـراراً بالظرف والمظروف بناء على تصور غـصب العقـار عنده أيضا. وهذا كله إذا أضـاف ماأقـر به إلى فعل نفـسه بأن قـال غصـبت منه تمراً فى قـوصرة ..إلخ أما لو ذكر ابتداء فقال له على تمر فى قوصرة فعلـيه التمر دون القوصـرة لأن

(٣) القوصرة بالتخفـيف والتشديد وعاء التمر وانما تسمى بذلك مادام التمر فـيها وإلا فهى زنبيل أهـ. وهذا مبنى على عرفهم كذا فى المغرب وانظر التكملتين.

الاقرار قول والـقول يميز البعض دون البـعض، كما لو قال بعت له زعـفراناً فى سلة (أنظر الهداية والعناية وتكملة الفتح والدر وتكملة رد المحتار).

وأما إذا لما يصلح أحـد الشيئين ظرفـا للآخر كقوله غـصبتـه درهما فى درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لأن الثانى لم لم يصلح ظرفا للأول لغا آخر كلامه (عناية).

ومن أقر لغيره بخاتم لزمـه الحلقة والفص لأن أسم الخاتم يشمل الكل. ومن أقر له بسـيف فلـه النصل والجـفن والحـمـائل لأن الاسم ينطوى عـلى الكل. ومن أقـر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا (هداية).

الفصل السادس

حكم الاقرار

متى تم الاقرار مستوفيا شروطه صار المقر وحده هو المؤاخذ به ولايتوقف ذلك على القضاء (أنظر ماتقدم فى أول الاقرار وفى حكم الدعوى) وعليه فحكم الاقرار ينحصر فى أمرين:

(الأول) كونه حجة قاصرة على المقر وحده.

(الثانى) كونه حجة بنفسه.

الفرع الأول

كون الاقرار حجة على المقر وحده

للمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر اقراره عليه ولا يؤاخذ به غيره [1] (بخلاف البينة فإنها حجة متعدية) ومن أمثلة ذلك ماحكاه فى فتح القدير جزء خامس قال مانصه:

١ - أخرج الطبرانى مسنداً إلى ابن عباس قال: بينما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال يارسول الله أقم علىّ الحد فقال أجلس فجلس، ثم قام الثانية فقال يارسول الله أقم علىّ الحد فقال اجلس فجلس، ثم قام الثالثة فقال يارسول الله أقم علىّ الحد. قال: وماحدك؟ قال أتيت امرأة حراما. فقال صلى الله عليه وسلم - لعلى وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضى الله عنهم: انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يارسول الله ألا تجلد التى خبث بها؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه

---

(١) مادة ١٠٤ اثبات «الاقرار حجة قاطعة على المقر».

مادة ٢٣ مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية «الاقرار حجة قاصرة على المقر»

وسلم من صاحبتك؟ قال فلانـه. فدعاها ثم سألهـا فقالت يارسـول الله كذب على والله أنا لا أعرفه. فـقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك؟ فقـال يارسول الله مالى شاهـد فأمر بـه فجلد حـد القذف ثمـانين جلدة أهـ فانظر كـيف قصـر اقراره علـيه واعتبره قاذفا. وكفى بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم دليلا.

٢ - ومن ذلك أنه لو اشـترى شخص شـيئا فـاستـحقه غـيره بحكم شـرعى فان استـحقه باقرار المشـترى فليس للمشتـرى حق الرجوع على بائعه بالثـمن لأن اقراره لايسرى علـى البائع. ولو استـحقـه بالبينة رجع المشـترى على بائعـه بالثمن لتـعدى الحكم إليه.

٣ - لو أقر الراهن بالمرهون لرجل فلا يتعدى اقراره إلى المرتهن.

٤ - لو استحقت دابة ولدت عند المشترى وكان الاستـحقاق بالبينة تبعها ولدها، وان أقر بها ذو اليد لرجل لايتبعهـا ولدها. وكذا سائر الزوائد. والفرق أن البينة تثبت الملك من الأصل والولد كان متـصلا بالدابة يومئذ فـيثبت الاستحقاق فـيه. والاقرار حجة قـاصرة يثبت به الملك فى المخـبر به ضرورة صحـة الخبر، وما يثـبت بالضرورة يقدر بقدرها (أنظر الهداية فى الاستحقاق).

٥ - أقر رجل فقـال غلة هذه الصدقة الموقـوفة لفلان دونى ودون الناس جمـيعاً بأمرحـق ثابت عرفتـه ولزمنى الاقرار له بـذلك فانه يصـدق على نفسه ولـزم باقراره مادام حيا، فإن مات ردت الغلة إلى من جعلها الواقف بعده.

٦ - وقف على زيد وولده ونسله ثـم على الفقـراء، فأقـر زيد أن الوقف عليـهم وعلى هذا الرجـل لايصـدق على ولده ونسلـه بل تقـسم الغلة علـى زيد ومن كـان موجـوداً من ولده ونسله فمـا أصاب زيداً من كان بينه وبين المـقر له مادام زيد حـيا، فـإذا مات بطل اقـراره ولم يكن للمقـر له حق (أنظر المادة ٧٨ من المجلة وشـرحهـا، وانظر الدر وتكملة رد المحتار).

ماخرج عن هذه القاعدة

وقد خرج عن هذه القاعدة ست مسائل ذكرها الدر والتكملة ولنذكرها هنا ملخصة.

١ - أقرت الحرة المكلفة بدين لـغير زوجها فكذبها زوجهـا صح اقرارها فى حقه أيضا عند أبى حنيفـة فتحبس وتلازم. وإن تضرر زوجـها بحبسهـا. وعند الصاحبين لاتصدق فى حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم لأن فى ذلك منع حق الزوج، واقرارها فـيمـا يرجع إلى بطلان حق الزوج لايصح والظاهـر أنه على قولهـمـا يأمر القـاضى بالدفع ويبيع عليها مايباع فى الدين. وقال فى الدر: ينبغى أن يعول على قولهما افتاء وقضاء لأن الغالـب أن الأب يعلمها الاقرار له أو لبعض أقاربهـا ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مراراً حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف أهـ.

واعترض بأن المدعى عام والعلة خاصة لأنه لايظهر فيما إذا كان الاقرار لأجنبى. وقد نقل فى التكملة أن المعول عليه قول الامام.

وأقـول أن المصلحة قـاضيـة حـتمـا بأن يؤخذ فى هذه المـسألة بقـول الصاحـبين ولاسيما فى مثل زماننا هذا. والأمر فيه فى غاية الوضوح.

٢ - أقـر المؤجر بدين لا وفـاء له إلا من ثمن العين المؤجـرة فللدائن بيـعهـا وان تضرر المستأجر. وفى هذا نظر ظاهر أيضا.

٣ - أقرت مجهـولة النسب بأنها بنت أبى زوجها وصدقـها الأب انفسخ النكاح بينهما ومثل الأب الجد.

٤ - ادعى ولد الأمـة المبيعـة وللمدعى أخ ثبت نـسب الولد وتعدى إلى حـرمان الأخ من الميراث.

٥ - المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة فى حياة أخيه صحت الدعوة وميراثه لولده دون أخيه.

٦ - باع المبيـع ثم أقر أن البيع كـان تلجئـة وصدقه المـشترى فله الرد علـى بائعه بالعيب أهـ. وانظر الأصل.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الاقرار حجة قـاصرة على المقر وحده ولايؤخذ به غـيره وشرطه ألايكذب ظاهر الحال المقر فى إقراره(١)

- الاقرار حجة قاصرة على المقر وورثتـه من بعده فلا يجوز اعمال اثره على من عداهم.(٢)

- إقرار الوارث حـجة قـاصرة على المقـر، ومن ثم فلايتـرتب عليه قطع التـقادم بالنسبة للورثة الآخرين(٣)

الاقرار الذي يعتبر حجة قاطعة على المقر. ماهيته. الاقرار الصادر منه فى مجلس القضـاء وفى ذات النزاع الخـاص بالواقعـة المدعى بها عليـه. الاقرار غـير القـضائى الصادر من المقـر فى نزاع آخر أو فى غير مـجلس القضاء. خضـوعه لتقديرمـحكمة الموضوع التى لها مطلق الحق فى تقدير قوته فى الاثبات باعـتباره دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة. شرطه. أن يكون تقديرها سائغا(٤)

---

(١) (الطعن رقم ٢٢ سنة ٣٥ق - أحوال شخصية جلسة ١٥/ ٣/ ١٩٦٧)

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص١٨٥ قاعدة ٢٠٢٣

(٢) طعن ١٢٥ سنة ١٩ق و٣٧ سنة ٢٠ق جلسة ٣/ ١/ ١٩٥٣

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٣٦ - ٦٤٢ قاعدة ١٧٤٧ - ١٧٦٨.

، الطعنان رقما ٤٥٩، ٤٧١ سنة ٢٦ق جلسة ٢٥/ ٤/ ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص٥٧٩

(٣) الطعن رقم ٤٥١ سنة ٢٩ق جلسة ١٩/ ١١/ ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ص١٥٠

(٤) الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٢/٦/ ١٩٩٩

، الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ق أحوال شخصية جلسة ٢٧/ ٥/ ١٩٨٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٧ ص٥٩٥

الفرع الثانى

كون الاقرار حجة بنفسه

تقدم فى حكم الدعوى أن الاقرار حجة ملزمة بنفسها ولايحتاج فيه إلى القضاء. واطلاق اسم القضاء عليه مجاز ..إلخ (فراجعه) غير أن هناك مسألة يتوقف نفاذ الاقرار فيها على قضاء القاضى، وهاك خلاصتها عن الدر والتكملة:

اذا ادعى شخص دينا على ميت فأقر به أحد الورثة وجحده الباقون فعلى ظاهر الرواية يلزم المقر الدين كله ان وفت حصته من الميراث به وإلا أخذ كل حصته. لكن اختيار الفقيه أبى الليث أنه لايلزمه إلا حصته من الدين دفعا للضرر عنه لأنه انما أقر بما يتعلق بكل التركة. ولو شهد هذا المقر مع آخر ان الدين كان على الميت قبلت شهادته. وبهذا علم أن الدين لا يحل فى نصيبه بمجرد اقراره بل بقضاء القاضى عليه باقراره فلتحفظ هذه الزيادة.

قال فى التكملة: وحاصل مايقال انه اذا ادعى رجل دينا على ميت وأقر بعض الورثة به فعلى قول أصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين. قال الفقيه أبوالليث: هو القياس لكن الاختيار عندى أن يؤخذ منه مايخصه من الدين وهذا القول أبعد عن الضرر، وذكره شمس الأئمة الحلوانى أيضا. وقال مشايخنا هنا زيادة شىء لم تشترط فى الكتب وهو أن يقضى القاضى عليه باقراره، إذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين فى نصيبه بل يحل بقضاء القاضى، ويظهر ذلك بمسألة ذكرها فى الزيادات وهى أن أحد الورثة إذا أقر بالدين ثم شهد هو ورجل أن الدين كان على الميت فانها تقبل وتسمع شهادة هذا المقر اذا لم يقض عليه القاضى باقراره. فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد اقراره لزم ألا تقبل فيها لما فيه من الغرم.

قال صاحب الزيادات وينبغى أن تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة كذا فى العمادية. لكن يشكل على هذا أن اقرار الإنسان حجة فى حق نفسه والقضاء فيه مظهر لامثبت كما ذكروا، وأيضاً فإن المال يلزمه بمجرد الإقرار والقضاء انما يحتاج إليه فى البينة إذ لايتهم المرء فيما أقر به على نفسه، ولهذا لو أقر بمعين لإنسان ثم أقر

به لآخر كـان للأول ولا شيء للثانى، على أنه يكون حينئـذ بعرضية أن يقـضى عليه فلزم رد شهادته كما تـرد شهادة أهل قرية وجد فيها قتـيل وقد ادعى وليه القتل على بعضـهم. فلو جعلوا هذا الفـرع مخـرجا على قول الـفقيـه لكان ظاهرا لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرما عن نفسه.

ومن هذا ما إذا مات شخص عن إبنين وله على آخر مائة أقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر لأن اقـراره ينصرف إلى نصيبه وذلك لأن المائة صارت ميراثا بينهما فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه ذلك صح فى نصيبه خاصة لا فى نصيب أخيه، فبقيت حـصة الآخر كما كانت فيجعل كأن المقر اسـتوفى نصيبه. وأما الوارث الآخر فله خمسون من المائة بـعد حلفه أنه لايعلم أن أباه قبض شطر المائة أهـ. (أنظر الدر المختار وتكملته والهداية وتكملة الفتح).

ولكن جمعية المجلة رجـحت قول أبى الليث فى هذه المسألة فأخذت به فى المادة (١٦٤٢) ونص عبارتها فيهـا « كذلك لو أراد أحد أن يدعى بدين على التركة فله أن يدعى فى حضـور واحد من الورثة فقـط سواء وجد فى يد ذلك الوارث من التـركة مـال أو لم يوجـد، فإذا ادعى هكـذا فى حضـور واحـد من الورثة دينا وأقـر به ذلك الوارث يؤمـر باعطاء ماأصـاب حـصتـه من ذلك الدين ولايسـرى اقراره إلى سـائر الورثة ..إلخ.

أقول وعلى هـذا اذا أقر أحد الابنين بقـبض أبيه خـمسين من المائة لزمـه خمـسة وعشـرون فقط باقراره وان أقر بأن أباه قـبض كل المائة سقط كل حصـته من الدين. وشيوع الاقرار فى كل التـركة وعدم اقتصاره على نصـيب المقر مذهب ابن أبى ليلى والحسن واسحق وأبى عبيده وأبى ثور، وبه قال الشافعى فى قول وأحمد وهو قياس مذهب مالك (أنظر تكملة الفتح).

الفصل السابع

ما يعرض للاقرار بعد تمامه فيؤثر فيه البطلان أو لا يؤثر

وتحته ثلاث فروع :

الفرع الأول: فى تكذيب الحاكم إياه.
الفرع الثانى: فى دعوى المقر أنه كاذب فى اقراره
الفرع الثالث: فى رجوع المقر عن اقراره.

الفرع الأول
تكذيب الحاكم إياه

محل كون الاقرار حجة إذا لم يكذب بحكم الحاكم فلو كذب لا يبقى له حكم. مثال ذلك أن يشترى زيد من بكر فرساً (مثلاً) فيدعى عمرو تلك الفرس فينكر زيد دعواه ويقر بأن الفرس ملك لبكر وقد باعها إياه فإذا أثبت عمرو دعواه بالبينة وقضى له بالفرس كان لزيد أن يسترد من بكر ثمن الفرس وإن كان قد أقر بأنها ملك له لأن القاضى كذبه فى اقراره. والمقر إذا كذب شرعاً بطل اقراره (راجع التناقض) ومن ذلك أن يدعى المشترى أن الثمن ألف ويدعى البائع أنه ألفان ويقيم البينة على ذلك فإن الشفيع يأخذ المبيع بألفين ولا يعامل المشترى باقراره لتكذيب الحاكم إياه (وانظر المادة ١٥٨٧ من المجلة وشرحها).

ومن ذلك تكذيب الشرع للمقر كما لو أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت لأقل من ستة أشهر بعد الاقرار: راجع تفصيل ذلك فى ثبوت النسب.

الفرع الثانى
دعوى المقر أنه كاذب فى اقراره

إذا إدعى المقر أنه كاذب فى اقراره فعلى قول أبى يوسف يحلف المقر له على أن المقر صادق فيما أقر به، فإن حلف ثبت الحق فى المقر به وإن نكل فلا شىء له منه. وعلى قول أبى حنيفة ومحمد لا يحلف المقر له بل يؤمر المقر بتسليم ما أقر به إليه. مثال ذلك أنه إذا أعطى شخص سنداً لآخر مكتوباً فيه بخط المقر انى قد استقرضت كذا من الدراهم من فلان ثم قال انى وان كنت أعطيت هذا السند بيدى وكتبته بخطى لم آخذ المبلغ المذكور منه بعد. وقول أبى يوسف استحسان وقولهما قياس وجه القياس أن الاقرار يلزمه شرعاً كالبينة بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد فلا يلتفت إلى دعواه الكذب. ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم إذا أرادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلاً على اعتبار هذه الحالة (١) فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر والمدعى لا يضره اليمين إن كان صادقاً فيصار إليها كذا فى الدر. وقال فى البزازية وهو المختار، واختارته جمعية المجلة فى المادة (١٥٨٩) فراجعها وشرحها. وإذا كانت دعوى المقر كذبه فى اقراره بعد وفاة المقر له فاليمين على ورثته بأنا لا نعلم أنه كان كاذباً. وإذا كانت دعوى الكذب من ورثة المقر حلف لهم المقر له كما يخلق للمقر. وظاهر هذا أن المقر إذا أدعى الاقرار كاذباً يحلف المقر له أو وارثه على المفتى به مطلقاً سواء أكان مضطراً فى الكذب فى الاقرار أم لا، لكن نقل فى الدر المختار عن شرح الوهبانية للشرنبلالى ما يدل على أنه يفتى بقول أبى يوسف من أنه بحلف المقر له أن المقر ما أقر كاذباً فى كل صورة يوجد فيها اضطرار المقر إلى الكذب فى الاقرار. وقال فى التنوير والدر: أقر رجل بمال فى صك وأشهد عليه ثم ادعى أن بعض هذا المال قرض وبعضه ربا عليه فإن أقام على ذلك بينة

(١) أقول لا يخفى أن الدليل هنا أخص من المدعى فلم يتم التقريب ولكن سيأتى ما يقويه ويوضحه.

تقبل وإن كان متناقضاً، لأننا نعلم أنه مضطر إلى هذا الاقرار أهـ مثله فى القنية وبه أفتى فى الحامدية والخيرية فيتعين الافتاء به لأنه هو المنقول (انظر رد المحتار) وإذا لم يكن للمقر بينة على دعواه حلف المقر له أو وارثه على قول أبى يوسف المفتى به (انظر الدر ورد المحتار والتكملة قبيل باب الاستثناء وفى الاقرار والقضاء وانظر المجلة وشرحها) وهذا التفصيل حسن وبه تظهر قوة وجه الاستحسان. ثم إن عادات الناس التى نشاهدها كل يوم وثقة بعضهم ببعض فى تسليم السندات والوصولات قبل قبض المبلغ تؤيد ذلك وتوجب الأخذ به، وتقدير الاضطرار يرجع فيه الحاكم إلى عرف الناس وعاداتهم وظروف الحادثة المطلوب منه الفصل فيها.

وبالجملة فالواجب مراعاة عادات الناس وحالات الاضطرار وظروف الحادثة فى هذا الموضوع.

لكن جاء فى المادة (١٢٧) من لائحة محاكمنا الشرعية السابقة وهى أيضاً المادة ١٢٧ من اللائحة الشرعية بعد زيادة ضمت إليها وهى «إلا إذا قدم دليلاً كتابياً لا شبهة فيه» ما نصه: إذا ادعى المقر أنه كاذب فى اقراره لا يقبل منه ويعامل باقراره أهـ. وقال فى المذكرة الايضاحية ما نصه: المادة (١٢٧) وضعت لأن بعض القضاة جرى على أن يقبل من المقر بعد اقراره دعواه الكذب فى اقراره ويسير فيها كبقية الدعاوى فإذا أنكرها المقر له وعجز المقر عن اثباتها يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً ثم يحكم بمقتضى الحلف أو النكول، وذلك بناء على حكم شرعى ينطبق عليه هذا العمل. وهناك قول شرعى آخر فى هذه المسألة وهو عدم قبول هذه الدعوى بالكلية ولابد من معاملة المقر باقراره. ولما كان الغالب فى هذه الدعاوى الكذب والقصد منها مجرد التحايل رؤى فى التعديل الجديد أن تسير المحاكم على القول الثانى ووضعت المادة المذكورة للعمل بها أهـ.

أقول إن هذه المادة قد صادفت محلها بالنسبة لما كانت عليه المحاكم الشرعية وقت وضع اللائحة كما صرح به فى المذكرة الايضاحية. فكان جواب الاغراق فى قصد الشر من المفسدين المبالغة فى الضرب على أيديهم قصداً للخير من المصلحين

ويحدث للناس من الأقضية على نحو ما أحدثوا من الفجور. ولو أن المحاكم الشرعية كانت تنظر فى المعاملات والديون لوجب اتباع مذهب أبى يوسف فيها مع الاحتياط الذى ذكرناه آنفا من الرجوع إلى عرف الناس وعاداتهم الخ ورفض دعوى المقر الكذب فيما عدا ذلك. ثم وضع الاستثناء الذى زيد فى آخر هذه المادة وروعى فيه مصلحة المقر لاحتمال أنه صادق فى دعواه الكذب فى اقراره لكن شدد عليه فى نوع الدليل الذى يقدمه منعاً للتلاعب الذى كان حاصلاً من قبل من المتخاصمين أمام المحاكم الشرعية فى مسائل الزوجية والطلاق والوقف والوصايا والنسب لأجل الميراث.

ومما يلتحق بهذا اما نقله الحموى فى حاشيته على الأشباه من أنه لو قال هذه رضيعتى ثم اعترف بالخطأ يصدق فى دعواه الخطأ وله أن يتزوجها بعد ذلك وهذا مشروط بما إذا لم يثبت على اقراره بأن قال هو حق أو صدق أو كما قلت أو أشهد عليه بذلك شهوداً أو ما فى معنى ذلك من الثبات اللفظى الدال على الثبات النفسى. والعذر للمقر فى رجوعه عن ذلك أنه مما قد يخفى عليه فقد يطلع بعد اقراره على خطأ الناقل أهـ. وكذلك كل المسائل التى يغتفر فيها التناقض وقد استوفينا الكلام فى ذلك فى باب التناقض من كتاب الدعوى.

الفرع الثالث

رجوع المقر عن اقراره (١)

الرجوع عن الاقرار بما يوجب الحد الذى هو حق خالص لله تعالى يبطل الاقرار لما تقرر أن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعه عن اقراره يورث الشبهة فيه ويضعف جانب رجحان الصدق فيه (٢). وأما فى حقوق العباد فالرجوع عنها باطل والاقرار صحيح نافذ. فإذا أقر شخص بأن عليه لفلان كذا جنيهاً ثم رجع عن اقراره فلا يفيده رجوعه شيئاً لأنه أقام الحجة على نفسه بنفسه بأن ما أقر به ملك وحق للمقر له وقد تأيد هذا بعدم الرد من المقر له وسيأتى ما يوضحه فى الاستثناء بالمشيئة.

والفرق بين التكذيب والرجوع أن التكذيب إخبار عن بطلان الأقرار من الأصل وأنه غير مطابق للواقع فهو بمثابة فسخ العقد من أصله وأما الرجوع فهو رفع للاقرار بعد تحقق وجوده ونسخ له بعد تقرره كُلاً أو بعضا فهو بمثابة رفع العقد بعد دخوله فى حيز الوجود. ونظيرهما فى ذلك شطب الدعوى وجعلها كأن لم تكن على اصطلاح لائحة المحاكم الشرعية و قوانين المرافعات .

ومن أمثلة الرجوع عن الاقرار ما لو قال رجل غصبنا ألفاً من فلان، ثم قال كنا عشرة أنفس وادعى المغصوب منه أنه وحده غصبها لزمه الألف كلها لأن «نا» يستعمل للواحد كما يستعمل للجمع، والظاهر أنه يخبر بفعله دون فعل غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعا فلا يصح وهذا هو قول أصحابنا. وقال زفر، إنما يلزمه عشرها فقط لأنه أضاف الاقرار إلى نفسه وإلى غيره فيلزم بحصته. قال فى الكافى وعلى هذا الخلاف لو قال أقرضنا أو أودعنا أو له علينا أو أعارنا وعلى هذا لو قال كنا ثلاثة أو أربعة يلزمه الثلث أو الربع أهـ أقول دليل الظاهر يسند زفر لأن «نا» موضوعة لما

---

(١) مادة ٢٥ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية «لا يصح الرجوع عن الاقرار».

(٢) انظر حادثة السلطان الغورى مع قضاة مصر وعلمائها فى كتاب نظام القضاء فى مصر تأليف إبراهيم جلال بك ص ٢٥ - ٢٦ فى هذا الموضوع.

فوق الواحد فلا تحمل على الواحد إلا بقرينة وهذا الظاهر لا يكفى إلا إذا غلب على عرف بلدة - كالإسكندرية - استعمال «نا» فى موضع ضمير المفرد وكان ظاهر حال المقر التزامهـا فى كلامه كما يظهر من مناقشـته، على أنه يكون فى هذه الحالة فى قوة المشترك فلينظر - أما لو قال غصبناه كلنا ثم قال كنـا عشرة فلا يلزمه إلا العشر اتفاقاً لأن كلمة «كلنا» لا تستعمل فى الواحد (انظر الدر والتكملة).

ومن ذلك ما لو قال رجل أوصى أبى بثلث ماله لزيد بل لعمر وبل لبكر، فالثلث للأول وليس لغيـره شىء لأن نفاذ الوصيـة فى الثلث وقد أقـر به للأول فـلا يصح رجـوعه بعـد ذلك للثـانى. وقال زفـر لكل ثلثـه وليس للابن المقر شىء لأن اقـراره للأول صحيح ولم يصح رجوعه بقوله «بل» وصح اقراره للثـانى والثالث فاستحقاه وقاسه على مسألة الدين إذا أقر به كما سيأتى .،

ولو قال هذا الألـف وديعة فلان عندى، لا بـل وديعة فلان فـالألف للأول وعلى المقر ألف مثلـه للثانى لأن الاقرار صح للأول، وقوله لا بل وديعـة فلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله فى حق الأول ويجب عليه ضـمان مثلها للثانى لأنه أقر له بها وقد أتلفها عـليه باقراره بها للأول فيضـمن له. وأما لـو قال هى لفـلان لابل لفـلان بلا ذكر ايـداع فلا يجب عليـه للثانى شىء لأنه لم يقـر بايداعه. وهذا كلـه إن كانت الألف معينة كما يؤخذ من المثال، فإن كـانت غير معينة كأن يقول لفلان على ألف لا بل لفلان لزمه ألف لكل منهما لأنه أقر بشىء تقبله الـذمة، والذمة تقبل حقوقاً شتى، وبهذا يظهـر الفرق بين الاقرار بالوصـية بالثلث والاقـرار بالدين اذ الانسان لا يملك الإيصاء بأكثر من الثلث على ما يبين فى موضعه.

وضابط هذه المسـائل أن «لا بل» أو «بل» وحدها إذا تخللت بين الماليين فـإما أن يكونا من جنس واحد أو من جنسين، وإما أن يكون المقر له واحداً أو أكثر من واحد.

(أ) فإن كان المقـر له واحداً والمالان من جنس واحد لزم المقر أفـضل المالين سواء كان ما بعد بل هو الأفضل أو ما قبلهـا، وسواء كان الفضل فى الذات أو فى الصفة. قال فى المبسوط إذا أقر لفلان بألف درهم ثم قال بل بخمسمائة فعليه ألف.

وكذا لو قال خمسمـائة بل ألف. ولو قال عشرة دراهم بيض لا بل سود، أو قال سود لا بل بيض، أو قال جيد لا بل ردىء، أو ردىء لا بل جيد فعليه أفضلهما.

(ب) وإن كان المقر لـه واحداً والمالان ليسا من جنس واحـد فعليه المالان جميعاً لأن الغلط لا يقع فى الجنس المختلف عـادة فرجوعه عن الأول باطل والتـزامه الثانى صـحـيح، فلو قـال له على درهم بل دينار لزمـه درهم ودينار، ولو قـال له على كـر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكَرِّان جميعا.

(جـ،د) وإن كان المقـر له أكثر من واحد لـزمه كل ما أقر به سـواء اتحد الجنس أم اختلف، أما مثال إتحـاد الجنس فقد تقدم وأما مثال اختلافـه فكأن يقول غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكـر حنطة لا بل فلاناً، لزمه لكل واحد منهمـا كل ما أقر به. وإن كانت معينة فهى للأول وعليه للثانى مثلها وقد ذكرنا وجهه فيما سبق.

والحاصل أنه فى ثلاث صور يلزمه كل ما أقـر به وفى صورة واحدة يلزمه أفضل المالين وهى ما إذا كان المقر له واحداً واتحد الجنس، غـير أنه إذا كان المال المقر به معيناً فهو للأول وضمن مثلـه للثانى وإن كان غير معين فهو مقـرر فى ذمته لكل واحد من المقر لـهم على الكمال (انظر الدر والتكملة قـبيل اقـرار المريض. وانظر المادة ١٥٨٨ من المجلة وشرحها).

تنبيه: أقر بشىء ثم ادعى الخطأ لم يقبـل إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتى ثم تبين عدم الوقوع لم يقع ديانة أهـ. من الدر المختار وانظر التكملة.



الفصل الثامن

ما يلحق الاقرار من البيان

مقدمة

البيان هو إظهار المتكلم مراده من كلامه للسامع وتحته خمسة أقسام: بيان التقرير، وبيان التفسير، وبيان التغيير، وبيان الضرورة، وبيان التبديل (١).

وشرح هذه الأنواع الخمسة وبيان ما يتعلق بها من الأحكام مذكورة على التفصيل فى كتب الأصول.

والذى يتصل بموضوعنا هنا هو بيان التغيير وهو يتناول أشياء كثيرة: منها الاستثناء وهو الذى يهمنا الكلام فيه هنا.

(١) بيان التقرير هو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز. مثل قوله تعالى (ولا طائر يطير بجناحيه) فإن الطائر يحتمل أن يستعمل فى غير حقيقته، فيقال للبريد طائر، ويقال المرء يطير بهمته - أو يقطع احتمال الخصوص كقوله تعالى (فسجد الملائكة كلهم أجمعون) فإن الجمع شامل لجميع الملائكة على احتمال البعض وبقوله كلهم قرر معنى العموم.

(بيان التفسير) هو بيان ما فيه خفاء فيرفع ذلك الخفاء كبيان المجمل والمشترك. فالأول كقوله تعالى (أقيموا الصلاة) فإنه مجمل بينته السنة وكقول الرجل لامرأته أنت بائن، فإن لفظ بائن مشترك بين البينونة من النكاح وغيره وتعينه النية أو قرينة الحال من مذاكرة طلاق أو حالة غضب على ما بين فى محله.

(وبيان الضرورة) وهو اظهار المراد بالسكوت، ومن متناولاته أن يذكر فى نص حكم يلزم عن ذكره حكم مسكوت عنه. كقوله تعالى فى بيان ميراث الأبوين (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) فإن هذا السياق يدل على انحصار ارثه فى الأبوين واختصاص الأم الثلث، ولازمه المسكوت عنه هو - ولأبيه الثلثان - وليس مجرد السكوت هو الذى دل على ذلك بل هو ناشىء عن انحصار الميراث فى الأبوين وبيان نصيب أحدهما، فيلزم منه بالضرورة أن الباقى هو نصيب الآخر.

(بيان التبديل) المراد بالتبديل النسخ وهو بيان لمدة الحكم المطلق أى بيان انتهاء الحكم الشرعى.

(بيان التغيير) وهو ما يغير فيه آخر الكلام أوله كالاستثناء والشرط والصفة والغاية، ويشترط فيه أن يكون موصولا إلا لعذر.

(وانظر مذكرتنا فى علم أصول الفقه).

الفرع الأول

الاستثناء

الاستثناء عند أصحابنا (١) رضى الله عنهم تكلم بالباقى بعد الثنيا أى بعد المستثنى.

ففى قوله له على عشرة إلا ثلاثة: صدر الكلام عشرة والثنيا ثلاثة والباقى من صدر الكلام سبعة فكأنه تكلم بالسبعة وقال له على سبعة، وهذا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ، وأما باعتبار الأجزاء اللفظية فصدر الجملة الاستثنائية اما اثبات وعجزها نفى، واما نفى وعجزها اثبات، فالمتكلم عبارتان: مطولة وهى له على عشرة إلا ثلاثة ومختصرة وهى له على سبعة. وعند الشافعى رضى الله عنه هو اخراج بطريق المعارضة.

فإذا قال له على ألف إلا مائة كان صدر الكلام موجباً للألف كله عليه بجميع أجزائه ومن جملته المائة، وآخره وهو الاستثناء ينفى المائة فتعارضا فتساقطا بقدر المستثنى واستشكل الزيلعى مذهب الشافعى بوقوعه فى الطلاق والعتاق، فلو كان اخراجا بطريق المعارضة لما صح لأن الطلاق والعتاق لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع أهـ (ولتراجع هذه المسألة فى الأصول لأن موضع البحث فيها هناك).

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قال لفلان على ألف درهم إلا مائة أو خمسين، فعندنا يلزمه تسعمائة لأنه لما كان تكلما بالباقى وكان مانعا من الدخول شككنا فى المتكلم به والأصل براءة الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك فصار نظير ما لو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فإنه يلزمه الأقل، وعنده لما دخل الألف كله صار الشك فى المخرج فيخرج الأقل وهو الخمسون والباقى على حاله وهذا الفرق إنما يتمشى على رواية أبى حفص وصححها قاضى خان وقال انها هي الموافقة لقواعد المذهب، وأما على رواية أبى سليمان فالمستثنى خمسون كمذهب

---

(١) المذهب الحنفى.

الشافعي وعليها فلا فرق، وقد صححها في الدر وبها أخذ العامة فكلتا الروايتين مصححة (أنظر تكملة رد المحتار).

ويصح تكرار الاستثناء كقوله على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهماً، وطريقة معرفة الباقي الأخير الحاصل من مجموع التركيب أن تخرج الأخير وهو الدرهم مما يليه فيبقى درهمان. ثم تخرجهما مما قبلهما وهو الخمسة فيبقى ثلاثة فأخرجهما من السبعة فيبقى أربعة فأخرجها من العشرة فيبقى ستة أهـ. أقول وان شئت طرحت مجموع الأعداد التى مراتبها زوجية من مجموع الأعداد التى مراتبها فردية فباقى الطرح هو المستثنى الأخير هكذا (١٠ + ٥ + ١) - (٧ + ٣) = ١٦ - ١٠ = ٦.

وشرط صحة الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه (٢) (كما هو الشأن فى بيان التغيير) إلا لضرورة كنفس وسعال والنداء بينهما لايضر لأنه للتنبيه والتأكيد، كقوله: لك على ألف يا فلان إلا عشرة، بخلاف لك على ألف فاشهدوا إلا كذا، ونحوه مما يعد فاصلا، لأن الاشهاد يكون بعد تمام الاقرار فلم يصح الاستثناء (أنظر الهداية والتكملتين).

ويصح أن يكون المقدار الباقى بعد الاخراج أقل من المقدار المخرج أو مساوياً له أو أكثر منه ويلزمه الباقى على كل حال ولو مما لا يقسم كقولك هذا الفرس لفلان إلا ثلثه أو إلا ثلثيه (مثلاً)، قال فى الهداية وتكملة الفتح ما ملخصه: ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقى وسواء استثنى الأقل أو الأكثر كما فى قوله له على ألف إلا أربعمائة أو إلا خمسمائة أو إلا ستمائة.

وقال الفراء استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم به، وعن أحمد وأبى يوسف مثله وهو قول مالك كما فى الكافى.

قلنا ان طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق فى

---

(٢) ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير والله أعلم.
(أنظر تكملة رد المحتار فى أول الاستثناء).

ذلك بين استثناء الأقل والأكثر. وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته إذا كان موافقا لطريقتهم، الا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا.

ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: واما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان على عشرة دراهم إلا تسعة (٣) فجائز فى ظاهر الرواية ويلزمه درهم لأن المنقول عن أئمة اللغة أن استثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد فى استثناء الكثير من القليل إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة، لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة إلى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع فى الجملة فيصح أهـ.

ثم لجواز استثناء الأكثر دليل آخر قوى ذكره ابن الحاجب فى مختصره في أصول الفقه وهو قوله تعالى: «إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين» فإن الغاوين أكثر من غيرهم بدليل قوله تعالى: «وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين» أهـ.

أقول ما قاله صاحب البدائع كلام حسن معتدل وانما يقبح استثناء الكثير من القليل إذا كان من لفظه كقوله له على ألف إلا تسعمائة وما أشبه ذلك. أما إذا لم يكن من لفظه وكان لا يدرك إلا بوسائط أخرى فهو غير قبيح ولا يخفى أن الآية الكريمة بريئة من تلك الملاحظة ولله المثل الأعلى.

وإذا أقر بشيء ثم استثنى جميع ما أقر به فإما أن يستثنيه بنفس اللفظ الأول أو بما يساويه، واما أن يستثنيه بلفظ آخر أخص من لفظ المستثنى منه في المفهوم لكنه

---

(٣) فى نسخة البدائع المطبوعة بمصر ذكر هذا المثال خطأ هكذا (لفلان على تسعة دراهم إلا عشرة) ولايخفى أن هذا خطأ وسابق الكلام ولاحقه وبداهة العقول شهود على ذلك، ولكن بعض ذوى الجرأة على التأليف نقل عبارة البدائع فى كتابه كما هى وأعتقد صحتها وذهل عن قول البدائع بعد ذلك ويلزمه درهم وهذا من عمى البصائر وقانا الله شر ذلك. أنظر البدائع صفحة ٢٠٩ جزء سابع طبع مصر سنة ١٢٢٨ هجرية. وقد كثرت مؤلفات أمثال هذا المؤلف فى عصرنا هذا ولكن عيوبها اختفت وراء ستر الجهل العام.

يتناول جميع الأفراد التى يتناولها المستثنى منه فى الواقع بطريق الاتفاق والمصادفة لا بطريق الوضع والمساواة فى المعنى، مثال الأول أن يقول نسائى طوالق إلا نسائى أو زوجاتى، وأوصيت لفلان بألف درهم إلا ألف درهم، ومثال الثانى أن يقول نسائى طوالق إلا زينب وهند وليلى وليس له فى الواقع زوجات غيرهن، وأوصيت لفلان بثلث مالى إلا ألف درهم، والثلث فى الواقع ألف. فعلى الأول الاستثناء باطل فتطلق كل نسائه ولا تبطل الوصية بالألف بل تصح وذلك لأن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا ولا باقى بعد اخراج الكل فيكون رجوعا لااستثناء حقيقيا، والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل ولو كان موصولا كما تقدم لأنه إنما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه والإبطال ليس من البيان فى شيء كذا فى المبسوط وغيره.

وقال فى غاية البيان: وكذلك إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجز استثناء الألف من الألف فلأن لايجوز استثناء الألف وزيادة أولى أهـ. وصحح فى الجوهرة أن استثناء الكل من الكل استثناء فاسد وليس برجوع حيث قال ما نصه: واختلفوا في استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع لأنه يبطل كل الكلام، وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح لأنهم قالوا فى الموصى إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء والوصية صحيحة، ولو كان رجوعا لبطلت الوصية فإن الرجوع فيها جائز أهـ. وعلى الثانى يصح الاستثناء لأنه يكفى إيهام البقاء بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف لفظى فلا يضر اهمال المعنى. (يوضحه) أنه قال أنت طالق ست طلقات إلا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا أربعا إذ لو كان كذلك لفسد الاستثناء ووقع عليها ثلاث تطليقات كما لا يخفى لكن الحكم ليس كذلك كما تقدم آنفا أهـ. ملخصا من الهداية والدر والتكملتين.

وان أقر بشيئين واستثنى أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه، كقوله

على أردب حنطة وأردب شعير إلا أردب حنطة، أو إلا أردب حنطة وكيلة شعير، وذلك لأن استثناء أردب الحنطة باطل اجماعا كما تقدم فيكون لغوا وقد صار قاطعا للكلام الأول فصار استثناء كيلة شعير منفصلا لا متصلا، وفي هذا اختلاف الصاحبين. ولو قدم كيلة الشعير على أردب الحنطة صح استثناؤه اتفاقا لعدم الفاصل. وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كقولك له على ألف درهم إلا مائة درهم أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون أو تسعمائة على اختلاف الروايتين كما تقدم.

وإذا كان المستثنى مجهولا ثبت الأكثر نحو له على مائة درهم إلا شيئا أو إلا قليلا أو إلا بعضا، لزمه واحد وخمسون لوقوع الشك فى المخرج فيحكم بخروج الأقل لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم لأن أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (أنظر التنوير والدر والتكملة).

استثناء ما يدخل تبعاً واستثناء الوصف:

قال فى الهداية وتكملة الفتح ما خلاصته: من أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه بأن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لى، كان للمقر له الدار والبناء لأن البناء داخل فى هذا الاقرار تبعا لأنه وصف فى الدار إذ يقال دار مبنية والوصف يدخل تبعا لا قصدا، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى، والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار من حيث دخوله فى الاقرار تبعا (أنظر تكملة الفتح). وهذا بخلاف ما إذا قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا البيت الفلانى منها (٤) فإن الاستثناء صحيح ويكون للمقر له من الدار ما عدا الثلث وما عدا البيت لأن المستثنى داخل فى المستثنى

(٤) قال قاضى زاده كون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بأن الدار اسم للعرصة كما ذكروه فى كتاب الإيمان واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل الدار فدخلها بعد ماتهدمت وصارت صحراء حنث، إذ على تقدير أن يكون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا يكون جزء من مدلول لفظ فلا تكون الدار =

منه قصـدا لا تبعا إذ هو بعضـه حتى لو استحق ثلـث الدار أو بيت منها فى بيع الدار سقطت حصته من الثمن وكان المشترى مـخيرا سواء أكان قبل القبض أم بعده (أنظر أحكام البيع).

ولو قال بناء هذه الدار لى وعرصتـها لفلان كان البناء للمقر والعـرصة للمقر له كمـا قال لأن العـرصة عبـارة البقـعة دون البناء فكأنه قـال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان. بخلاف ما إذا قال بناؤها لى وأرضهـا لفلان حيث يكون البناء للمقر له أيضـا لأن الاقـرار بالأرض اقـرار بالبناء بنـاء على أن الأرض أصل والبنـاء تبع. والاقرار بـالأصل اقرار بالتبع فصـار الاقرار بالأرض كـالاقرار بالدار. هكذا قـالوا فتأمل ولا شك أنه ينبغى أن يرجع فى ذلك إلى العرف.

وقد نقل قـاضى زاده ضابطا فى الذخيرة لهـذه المسألة فلنذكره هنا اتمامـا للفائدة قال ما نصه: اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها علي أصلين:

أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس.

الثانى أن اقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره.

إذا عرفت هذا فنقول:

(١) إذا قال بناء هذه الدار لى وأرضـها لفلان كـانت الأرض والبناء لفلان لأنه

= حينئذ اسم للـعرصة فقط بل لمجمـوع العرصة والبيوت فـإذا تهدمت وصارت صحراء لـزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائهـا فلم يظهر وجه الحنث فى المسألة المذكورة. ثم قال البيت ليس من جنس العرصـة إذ البيت اسم لبناء مسـقف له حوائط أربعة أو ثلاثة. الخ. وتمامـه فيه وقال قـبيل ذلك ان ما ذكروه من أن الدار اسم للعـرصة وحـدها مخـالف لما ذكـر فى كتـاب اللغـة فإنـه قال فى المغـرب: الدار اسم جـامع للبناء والعـرصة. وقـال فى القامـوس: الدار المحل الذى يجمع البناء والعرصة. ولا يـخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الـدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل أهـ.

وأقول ان البـيت عندنا الآن يطلق على مجـموع الأرض والبناء صغـيرا كان أو كـبيرا فـالصواب أن يرجع فى الايمان والاقرار وغيرهما من التـصرفات إلى العرف فى كل زمان ومكان ولا يتقيد بعـرف خاص - كما قيل - والعرف فى الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم قد يدار. وانظر رسم المفتى.

بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الأرض لفلان أقر لفلان بالبناء تبعاً للاقرار بالأرض، والاقرار بعد الدعوى صحيح.

(٢) وإذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما أقر لأنه بقوله أرضها لى ادعى البناء لنفسه تبعا، وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه.

(٣) وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لى فالأرض والبناء للمقر له لأنه بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لى ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح.

(٤) وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالأرض والبناء للمقر له الأول لأنه بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للأرض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الأول والاقرار علي الغير لا يصح.

(٥) وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال لأنه بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للأرض وبقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الأول بالبناء للثانى والاقرار على الغير باطل أهـ. وانظر ما تقدم وما سيأتى فى تجزؤ الاقرار.

الاستثناء بالمشيئة:

من أقر بشيء وقال إن شاء الله تعالى متصلا بالاقرار لم يلزمه الاقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب أبى يوسف أو تعليق كما هو مذهب محمد (٥) وقيل الاختلاف على العكس وكيفما كان لم يلزمه الاقرار فى

(٥) وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة بأن قال مثلا: «إن شاء الله أنت طالق» فعند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال أنه تعليق يقع لأنه إذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فيقع أهـ.

الاستحسان (٦) فإن كان الأول وهو الابطال فقد بطل الاقرار وإن كان الثانى وهو التعليق فكذلك اما لأن الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه اخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة للمستقبل وبينهما منافاة ولأنه اخبار متردد بين الصدق والكذب فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وإن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط. واما لأنه شرط لا يطلع عليه فإن وقوع مشيئة الله مما لا يكاد يطلع عليه أحد والتعليق بما لا يطلع عليه غير صحيح لأنه يكون اعداما من الأصل.

وكذا لو قال: لفلان على ألف إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لأنه علقه بشيء فى وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لأنه متردد بين الصدق والكذب كما تقدم. أو لأن التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به فلا يليق التعليق به أصلا إنما التعليق فيما هو إيجاب ليتبين به أنه ليس بإيقاع مالم يوجد الشرط.

وكذلك كل اقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله ان دخلت الدار أو ان أمطرت

---

(٦) نقل قاضى زاده عن المبسوط أنه لو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا وفى القياس استثناؤه باطل. لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك إنما يصح فى الانشاءات دون الاخبارات ولكن استحسن لأن الاستثناء مخرج للكلام عن أن يكون عزيمة لا أن يكون فى معنى الشرط فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال: «ستجدنى إن شاء الله صابرا» ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام عن أن يكون عزيمة. وقال صلى الله عليه وسلم: من استثنى فله ثنياه. والاقرار لا يكون ملزما إلا بكلام هو عزيمة: لكن إنما يعمل الاستثناء إذا كان موصولا بالكلام لا إذا كان مفصولا عنه فإن المفصول لمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك فى اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول. وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فإنه لا يصح وان كان موصولا لأن رجوعه نفى لما أثبته فكان تناقضا، والتناقض لا يصح موصولا كان أو مفصولا. أما هذا فبيان تغيير، وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق والشرط أ هـ ما فى المبسوط (تكملة الفتح).

السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو ان أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بولد أو ان أصبت مالاً أو ان كان كذلك أو ان كان حقا فهذا كله مبطل للاقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط، وغاية البيان نقلا عن المبسوط، وغاية البيان نقلا عن الكافى للحاكم الشهيد (تكملة الفتح) وأنظر ما تقدم فى ركن الإقرار فى التعليق.

وهذا بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه فى معنى بيان المدة، ومجىء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف فيكون ذكر هذه الأشياء تأجيلا إلى الأوقات المذكورة لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له فى الأجل يكون المال حالا إذا أثبته المقر بالبينة أهـ. (هداية وتكملة) وانظر المادة (١٥٨٤) من المجلة وشرحها.

ولو ادعى المقر أنه قال إن شاء الله موصولا باقراره وأنكره المقر له ففى ظاهر المروى عن صاحب المذهب يقبل قوله. وقيل لا يقبل إلا ببينة لغلبة الفساد. وقيل ان عرف بالصلاح فالقول له. وقال الرملى فى حواشيه أقول: الفقه يقتضى أنه إذا ثبت اقراره بالبينة لا يصدق إلا ببينة، أما إذا قال ابتداء: أقررت له بكذا مستثنيا فى اقرارى فإنه يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندى كذا إن شاء الله تعالى بخلاف الأول لأنه يريد ابطاله بعد تقرره. تأمل أهـ (تكملة رد المحتار).

الفرع الثانى
مافى معنى الاستثناء من حيث كونه بياناً مغيرا

قال له على ألف من ثمن متاع أو قال اقرضنى ألف درهم وادعى أنها زيوف وقال المقر له انها جياد فعلى قول أبى حنيفة يلزمه الجياد وصل أو فصل. وقال الصاحبان ان قال موصولاً يصدق وان قال مفصولاً لايصدق لأن ما قاله آخر من أنها زيوف بيان مغير لما قاله أولاً فيصح موصولاً كالشرط والاستثناء «كما تقدم مراراً» وذلك لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته فإنها من جنس الدراهم حتى يحصل بها الاستيفاء فى الصرف والسلم ولايصير استبدالاً. ولأبى حنيفة أن قوله انها زيوف، رجوع عما أقر به أولا، لأن مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب، والزيافه عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجب العقد. وصار كما إذا قال بعتكه معيباً وقال المشترى بعتنيه سليماً فالقول للمشترى ما بينا من أن مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب.

ولو قال اغتصبت منه ألفاً أوْ قال أودعنى ألفا وادعى أنها زيوف صدق وصل أو فصل لأن الإنسان يغصب مايجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له فى الجياد ولاتعامل، فيكون بيان النوع فيصح وأن فصل ولهذا لو جاء راداً المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله.

ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد كما فى الصورة الأولى. وقيل لايصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم إذ لايجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن فصار هذا والصورة الأولى سواء.

وان قال فى كل ماتقدم من البيع والقرض والغصب والإيداع له على ألف إلا أنه ينقص مائة «مثلاً» صدق ان وصل لأن هذا استثناء لبعض ما أقر به فصح

موصولاً لا مفصولاً إلا لضرورة ويصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى كما تقدم. وهذا بخلاف الزيافة فأنها وصف فلا يتناولها الاستثناء لأنه تصرف لفظى فيصح فيما يتناوله اللفظ دون غيره.

ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن وأن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن. والفرق أنه فى الصورة الأولى أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه من الضمان وهو الأذن بالأخذ بقوله وديعة والمقر له ينكر الأذن فيكون القول له مع يمينه. وفى الصورة الثانية أضاف الفعل إلى المقر له فلم يكن مقراً بسبب الضمان وذاك الغير يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب والمقر ينكره والقول للمنكر مع يمينه.

ولو قال على ألف درهم من ثمن متاع اشتريته منه ولم أقبضه فإما أن يكون المتاع معيناً وإما أن يكون غير معين، فعلى قول أبى حنيفة يلزمه الألف ولايصدق فى قوله لم أقبضه وصل أو فصل لأنه رجوع فأنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة «على» وإنكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلاً. وإذا كان رجوعاً فلا يصح وأن كان موصولاً وقال أبويوسف ومحمد والأئمة الثلاثة: المقر له اما أن يصدق المقر فى الجهة وهى أن يكون ذلك الألف من ثمن متاع، وأما أن يكذبه فيها فإن صدقه فى الجهة ولكنه كذبه فى إنكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل أو فصل. وأن كذبه المقر له فى الجهة فإن كان المقر وصل قوله «لم أقبضه» بأول كلامه فالقول قوله وإلا فلا يصدق. ووجه ما قاله الصاحبان أن المقر أقر بوجوب المال عليه وبين سبباً له وهو البيع فان وافقه المقر له فى السبب وبه لايتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فالقول للمنكر. وان كذبه فى السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لأن صدر كلامه وهو قوله له على ألف درهم للوجوب مطلقاً رجوعاً إلى كلمة «على» كما تقدم، وآخره يحتمل انتماءه على اعتبار عدم القبض فصار مغيراً لمقتضى أول كلامه والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً.

وان كان المتاع معيناً فذلك على أربعة أوجه: الأول أن يقول ثمن متاع اشتريته

منه وما قبضته، فيقال للمقر له ان شئت سلم المتاع وخذ الألف وإلا فلا شيء لك، فإن سلمه للمقر لزمه الألف وإلا فلا يلزمه شيء، وذلك لأنه أقر بالألف على صفة فإذا لاتوجد لها يلزمه شيء. والثانى أن يقول المقر له المتاع متاعك ما بعتكه وإنما بعتك متاعاً آخر وسلمته إليك. والحكم فيه لزوم ألف على المقر لإقراره به عند سلامة المتاع له وقد سلم وان كانا قد اختلفا فى سبب الاستحقاق، لأنه لايبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود كما تقدم موضحاً. فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له هى قرض فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق. الثالث أن يقول المتاع متاعى ما بعتكه، وحكمه أنه لايلزم المقر شيء لأنه أقر له على صفة وهى سلامة المتاع له فلا يلزمه شيء بدونها.

الرابع أن يقول المقر له لم أبعك هذا المتاع وإنما بعتك متاعاً آخر. وحكمه أن يتحالفا لأن المقر يدعى وجوب تسليم المتاع الذى عينه هو، والمدعى عليه وهو المقر له ينكر ذلك والمقر له يدعى على المقر لزوم الألف ببيع غير المتاع الذى عينه المقر والمقر ينكر ذلك فصار كل واحد منهما مدعياً ومنكراً، وحكم ذلك التحالف كما هو مبين فى محله، وإذا تحالفا بطل المال فلا يجب على المقر ما أقر به والمتاع سالم لمن هو بيده.

ولو قال ابتعت منه بيعاً إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله بالاجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن «أنظر تكملة الفتح».

وان قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير فإن صدقه المقر له فى ذلك فلا يلزم المقر شيء بالاتفاق، لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وإذا عاينا ذلك فلا يلزم المقر شيء كما لايخفى وإذا كذبه المقر له لزم المقر الألف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أو فصل لأنه رجوع إذ ثمن الخمر والخنزير لايكون واجباً وأول كلامه للوجوب. وقال الصاحبان: إذا وصل لايلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد بأول كلامه الإيجاب لأنه يحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة فأن الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه

بياناً مغيراً فيصح موصولاً. قال قاضى زاده: أقول هذا لايتمشى فيما إذا قال من ثمن خنزير لأنه لايحتمل فى هذه الصورة أن يبنى اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما فى صورة الخمر إذ لايقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلاً فضلاً عن اعتيادهم ذلك. وأما عادة غير المسلمين فلا يصح لأن تجعل مبنى الكلام لأن الكلام فى المسلم كما لايخفى والدليل الذى ذكره المصنف هاهنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب أ هـ.

أقول: رحم الله قاضى زاده فان التقريب قد بلغ تمامه فى عصرنا هذا إذ رأينا بأعيننا من المسلمين من يقتنى الخنازير ويربيها ويتجر بها ويعتبرها مصدر ربح له، ورأينا بأعيننا من يأكل لحم الخنزير من المسلمين ومن يحبذ ذلك منهم وما شهدنا إلا بما علمنا والله لايغير مابقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم.

ولو قال: له على ألف درهم حرام أو ربا فعلى قول أبى حنيفة هى لازمة مطلقا وصل أو فصل لاحتمال حله فى بعض المذاهب، كما وإذا باع ما اشتراه قبل قبضه من بائعة بثمن أقل مما اشترى به فالزيادة هذه عند أصحابنا حرام أو ربا وعند الشافعى يجوز هذا البيع «راجع كتاب البيع» وعلى قول الصاحبين ان وصل صدق وإن فصل لايصدق لكونه بياناً مغيراً كما تقدم.

الفصل التاسع

الإقرار بالكتابة

قدمنا فى حجية الخط مافيه الكفاية ولكنا سنذكر هنا بإيجاز ما يناسب المقام فنقول: الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان متى كانت الكتابة خالية من مظنة التزوير سواء أكانت بخط المقر أم بخط غيره وعليها ختمه أو امضاؤه .

إذ الأمر بكتابة الإقرار اقرار حكماً فلو قال لكاتب الصكوك أكتب خطا باقرارى بألف عليّ لفلان أو أكتب بيع دارى أو طلاق زوجتى كان ذلك كله اقراراً كتب أو لم يكتب.

ومن ذلك ما يكتبه التجار فى دفاترهم من الديون التى عليهم، أما ما يكتبونه من الديون التى لهم فلا يكون حجة على المدين وذلك لأن التاجر لو ادعاه بلسانه صريحاً لايؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه. فلو أراد الحيطة لنفسه أخذ من المدين سنداً بالدين أو طلب إليه أن يكتب بخطه فى دفتره وتكون هذه الكتابة حجة على المدين كما حققه الطحطاوى خلافاً لإبن عابدين، وقد رأينا بأنفسنا بعض التجار يفعل كلا الأمرين. ومن كتب سنداً بخطه أو استكتبه أو أعطاه ممضى أو مختوماً ثم أنكر الدين الذى فى ذلك السند فلا يلتفت إلى انكاره ويلزم بأداء الدين.

أما إذا أنكر أن السند له فإن كان خطه أو ختمه مشهوراً فلا يعتبر انكاره كذلك ويلزم بأداء الدين وأن لم يكن خطه وختمه معروفين يعرض ماكتبه على أهل الخبرة فإن قالوا أنهما كتابة شخص واحد لزمه الدين فالحاصل أنه يعمل بالسند متى كان بريئاً من شبهة التزوير فإن لم يكن خالياً من الشبهة وأنكر المديون كون السند له أو أنكر الدين من أصله وليس للمدعى بينة أخرى يحلف المنكر بطلب المدعى على أن السند ليس له وأنه ليس بمدين للمداعى.

هذه هى خلاصة الموضوع وقد استوفينا الكلام فيه فيما مضى فى الدليل الكتابى.



الفصل العاشر

الإقرار بالنسب

مقدمة

الأصول التى بنيت عليها مسائل هذا الفصل هى:

أن من أقر بنسب يلزمه فى نفسه ولايحمله على غيره فإقراره مقبول كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق.

ومن أقر بنسب يحمله على غيره فإنه لايقبل اقراره كما لايقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق «تكملة الفتح عن شرح الأقطع».

وأن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب وأما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لايحتمل النقض بعد ثبوته «تكملة الفتح».

وأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لايتعلق به حق الغرماء والورثة كان الإقرار به فى الصحة والمرض سواء. والنسب والنكاح والولاء لايتعلق بشىء منها حق الغرماء «تكملة الفتح».

وأن من ادعى معنى لايمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة.

وكل من يدعى معنى يمكنه اثباته بالبينة لايقبل فيه قوله إلا بالبينة «تكملة الفتح والعناية».

وأنه لو نفى النسب ثم أقر به صح اقراره ولايضره التناقض «راجع ما يغتفر فيه التناقض».

إذا تقرر ذلك فلنذكر أحكام هذا الفصل فى فرعين:

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- يثبت النسب فى الشريعة الإسلامية، بالإقرار، وإذ عول الحكم المطعون فيه على اقرار المورث للمطعون عليهما بالنسب، فإنه يكون صحيحاً

فيما انتهى إليه. (1)

- النسب يثبت بالإقرار، وهو بعد الاقرار به لايحتمل النفى، لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع، وإذا انكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار، فلا يلتفت إليهم، لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه، وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقرب به، فيرجح قوله على قول غيره. (2).

---

(١) الطعن رقم ٤٤ سنة ٣٢ق جلسة ٨/ ٣/ ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ص ٥٨٩ .

، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٧١٨ قاعدة ٢٠٣٦.

، الطعن رقم ٩٩ سنة ٥٨ق أحوال شخصية ص ١١/ ٦/ ١٩٩١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص١٢٤٢

(٢) الطعن رقم ٢٦ سنة ٣٩ق - أحوال شخصية - جلسة ٥/ ١٢/ ١٩٧٣

، الطعن رقم ٢ سنة ٤٣ق أحوال شخصية جلسة ١٠/ ٣/ ١٩٧٦

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٧١٥، ٧١٦ قاعدة ٢٠٢٥، ٢٠٢٨.

، الطعن رقم ٨٠ سنة ٦٣ق حوال شخصية ص١٥/ ٣/ ١٩٩٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٥ ص ٣٦٤.

الفرع الأول

الإقرار بالنسب الذى ليس فيه تحميل على الغير وما ألحق به من الإقرار بالزواج والولاء

المبحث الأول

اقرار الرجل بما ذكر

اقرار الرجل الذى ليس فيه تحميل على غيره يكون: بالولد، والوالدين، والزوجة، ومولى العتاقة. وفى الاقرار بالأم خلاف ستراه فيما يأتى:

١ - اقراره بالولد:

يشترط لصحة اقرار الرجل بالولد ابنا كان أو بنتاً ثلاثة شروط:

«الأول» أن يولد مثله لمثل المقر كيلاً يكون مكذباً فى الظاهر وذلك بأن يكون المقر أكبر من المقر له بنسبه باثنى عشرة سنة ونصف السنة على الأقل لأن عادة الله فى خلقه جرت بألا يولد للإنسان فى أقل من هذه السن.

«الثانى» ألا يكون الولد ثابت النسب من غير المقر لأن النسب لايقبل الفسخ بعد ثبوته بل يكون مجهول النسب ومجهول النسب هو من لايعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه. وقيل من لايعلم له أب فى البلد الذى هو فيه، واستظهر الثانى بعض المشايخ، قالوا لأنه يترتب على الأول أن المغربى إذا انتقل إلى المشرق ووقعت له حادثة يلزمه أن يفتش على نسبه فى المغرب وفيه من الحرج ما لايخفى والحرج مدفوع شرعا.

أقول لاحرج اليوم إلا قليلاً جداً فقد اتصل العالم بعضه ببعض وربطت أقطار الأرض كلها برباط فى غاية الاحكام، وأصبحت أخبار كل مكان فى البسيطة وفى لجج البحار وجو السماء تعلم بوساطة البرق واللاسلكى فى جميع الأمكنة «ويخلق ما لاتعلمون» فالأولى عندى اعتبار نسبه فى مكان ولادته ما أمكن لما فى ذلك من الاحتياط.

وقال الرحمتي: إذا كان مجهول النسب فى أحد المكانين أى فى بلده أو بلد هو فيه يقضى بصحة دعوى نسبه لكن مجهول النسب فى موضع الدعوى إذا قضى بثبوت نسبه من المدعى ثم جاءت بينة من مولده بأنه معلوم النسب من غير المدعى تبطل تلك الدعوى. أما لو كان مجهول النسب فى مولده فلا تنقض الدعوى بعد ثبوتها أ.هـ.

«الثالث» أن يصدق الولد المقر فى اقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه فى يد نفسه ولما فى سريان الاقرار عليه من الزام حقوق النسب كلزوم النفقة وثبوت الإرث وغير ذلك وفى بعضها مشقة على المقر بنسبة فلابد من التزامه اياها حتى لايتضرر، بخلاف الاقرار بالمال ونحوه إذ هو نفع محض للمقر له.

وأما إذا كان الولد لايعبر عن نفسه فإن النسب يتم بدون توقف على تصديقه لأنه فى يد غيره كالبهيمة فلا يعتبر تصديقه.

وعند الأئمة الثلاثة يثبت النسب بلا تصديق المقر له لو كان غير مكلف.

فللمسألة صور ثلاث اثنتان متفق على الحكم فيهما. وواحدة مختلف فيها. فاذا توافرت هذه الشروط الثلاثة المتقدمة ثبت نسب الولد من المقر ولو كان مريضاً مرض الموت ويشارك الولد الورثة وكذلك الشأن فى كل اقرار بالنسب وما ألحق به من نكاح وولاء «راجع الأصل الثالث المتقدم».

٢- الاقرار بالوالد:

الاقرار بالوالد صحيح لأنه أقر بما يلزمه هو وليس فى اقراره تحميل النسب على الغير. ويشترط لصحة ذلك مثل الشروط الثلاثة المتقدمة فيشترط تصديق الوالد المقر بنسبه وأن يولد مثل المقر لمثله وأن يكون المقر مجهول النسب على النحو الذى بيناه أنفا.

٣- الاقرار بالأم:

اقرار الرجل بامرأة أنها أمه صحيح بالشروط الثلاثة المتقدمة نص عليه فى تحفة الفقهاء وشرح الفرائض للامام سراج الدين وصاحب الهداية واعتمده فى الدر تبعا

للتنوير وقال الحق صحته «وانظر تكملة رد المحتار» وعلله فى الهداية بما علل به صحة الاقرار بالأب.

وأما على مافى المبسوط والايضاح وشرح الجامع الصغير للإمام المحبوبى وغيرها فاقرار الرجل بالأم لايصح. وقد تردد فى ذلك صاحب النهاية فقال تعليقا على ماقاله صاحب الهداية: الله أعلم بصحته. فرد عليه صاحب العناية بأن صحته عرفت دلالة الدليل المذكور فى الهداية وهو أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فلا وجه لهذا التردد.

وأجاب قاضى زاده بما نصه: أقول فيه بحث أما أولاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالأم ممنوعة فأن من شرائط صحة اقراره بالأم وتصديق الأم اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لايجوز ولهذا لايقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتى فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزم انتفاء الشرط انتفاء المشروط.

وأقول ان هذا نظر فى منتهى الجودة اذا كانت الام المقر بنسبها متزوجة أو معتدة أما اذا لم تكن كذلك فالاعتراض غير وارد وسيأتى مايوضحه.

وأما ثانيا فلأن تردد صاحب النهاية فى صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به عامة الروايات بأن اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والولد ابنا او بنتا والزوجة ومولى العتاقة. وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ماعرف فى الاصول فلما لم يجز اقراره بالأم على مقتضى ماذكر فى تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك اقوى من الدليل المذكور فى الكتاب للجواز. فان الدليل المذكور هو القياس الجلى وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفى الذى هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلى. وان كان دليل ذلك هو القياس الجلى فلا أقل من المساواة. وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لايقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار فى صحة الجانبين صحة النقل عنهم لا غير أ هـ.

٤ ـ اقرار الرجل بالزوجة :

يجوز اقرار الرجل بالزوجة ولا يتم ذلك الا بتصديقها اياه وخلوها من موانع

النكاح منه كأن تكون فى عصمة زوج آخر أو فى عدته الخ.

٥- اقرار الرجل بمولى العتاقة :

يجوز اقرار الرجل بمولى العتاقة سواء أكان أعلى أم أسفل بشرط أن لايكون ولاؤه ثابتا من الغير لأن الولاء بمنزلـه النسب، وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار النسب كما تقدم فكذا فى الولاء. ويشترط أيضا ان يصدقه المقر له لما فى ذلك من الزام الحقوق كما تقدم.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

ـ لمحكمة الموضوع استخلاص صحة الاقرار بالنسب طالما كان استخلاصها سائغا له أصله الثابت بالاوراق ويؤدى الى النتيجة التى أنتهت اليها وتكفى لحمل قضائه وفيه الرد الضمنى المسقط للحجج المخالفة. النعى عليها فى ذلك. نعى على غير اساس(١)

ـ النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار وبالبينة، غير أن الفراش فيه ليس طريقا من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سببا منشئا له، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته.(٢)

ـ المقرر فى فقه الحنفية ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ ان النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبينة فانه يثبت بالاقرار وانه متى صدر الاقرار مستوفيا شرائطه فانه لايحتمل النفى ولاينفك بحال سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا. (٣)

---

(١) الطعن رقم ٢٥ لسنة ٦٢ قضائية ـ أحوال شخصية ـ جلسة ٢٧/ ١١/ ١٩٩٥

(٢) الطعن رقم ١١ سنة ٤٤ ق احوال شخصية جلسة ٤/ ٢/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص٣٩٨

(٣) الطعن رقم٦٠ سنة ٥٥ق أحوال شخصية جلسة ٢٧/ ٥/ ١٩٨٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات (١٩٨٠ـ١٩٨٥) ص١٦٨ قاعده ١٥٦

، طعن رقم ٢٠ لسنة ٥١ق أحوال شخصية جلسة ١٨/ ٥/ ١٩٨٢

ـ من المقرر شرعا أن من أقر لمجهول النسب انه ولده فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية، وانه خلق من مائه، سواء أكان صادقا فى الواقع أم كاذبا فيثبت لهذا الولد شرعا جميع أحكام البنوة، غير أنه إذا كان كاذبا فى الواقع، كان عليه اثم هذا الادعاء، لما كان ذلك فلا محل للتحدى بصورية النسب ـ الصادر فى دعوى سابقة بناء على الاقرار به ـ ويكون النعى على الحكم المطعون فيه، على غير أساس (٤).

– النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش وبالاقرار بالبينة. وهو بعد الاقرار به لايحتمل النفى، لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع، والاقرار يتعلق به حق المقر له فى أن يثبت نسبه من المقر، وينتفى به كونه من الزنا، ولايصدق الزوجان فى أبطاله، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه استند فى قضائه بثبوت النسب المطعون عليه من المورث الى البينة وأن المورث أقر ببنوته فى شهادة ميلاده، وكان الحكم لم يثبت ان المورث أقر بأن المطعون عليه ابن زنا، وانما ادعته الطاعنة ـ الزوجة الأخرى للمورث، استنادا الى قرائن أوردتها فى سبب النعى، ولما كان هذا الاقرار بالبنوة قد تعلق به حق المطعون عليه فى أن يثبت نسبه من المورث ولايبطله أن تاريخ وثيقة زواجه من والده المطعون عليه لاحق على ولادته بثلاثة أشهر، لما كان ذلك فان النعى على الحكم يكون على غير أساس.(٥)

– انه وان كان يشترط لصحة الاقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب، فان كان معروفاً نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منه، اذ لايتصور الثبوت من اثنين فى وقت واحد، ولايصح القول بانتفاء النسب من الأول وثبوته من الثانى لأن النسب متى ثبت لا يقبل النقض والانتقال، ولئن اختلفت الأقوال فى مذهب الحنفية حول متى يعتبر الشخص مجهول النسب، فذهب البعض الى أنه من لايعلم له أب

---

(٤) الطعن رقم ٢٦ سنة ٣٩ق ــ أحوال شخصية ـ جلسة ٥/ ١٢/ ١٩٧٣.

(٥) الطعن رقم ٢١ سنة ٣٩ق ــ أحوال شخصية ــ جلسة ٩/ ١/ ١٩٧٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧١٥ قاعدة ٢٠٢٦، ص٧١٦ قاعدة ٢٠٢٩

فى البلد الذى ولد فيـه وقرر البـعض الآخر أنه الذى لايـعلم له أب فى البلد الذى يوجد به الا أن القول على أن يراعى فى الحكم بجهـالة النسب عدم معرفة الأب فى البلدين معا دفعا للحرج وتحوطا فى اثبات الأنساب. (٦).

ـ المقرر فى فـقه الحنفيـة أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفـراش والبينة فانه يثبت بالاقرار ويشترط لصحة الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ممكنا ولادته لمثل المقر وأن يصدق الولد فى اقراره ان كـان مميزا وأنه متى صدر الاقرار مسـتوفيا هذه الشرائط فـانه لايحتمل النفى ولا ينفك بحال سـواء أكان المقر صادقـا فى الواقع أم كـاذبا لأن النفى يكون انكاراً بعد الاقـرار فلا يسـمع واذا انكر الورثة نسب الصغير بعد الاقرار فلا يلتـفت اليهم لان النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل للنسب على نفسه وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره. (٧)

ـ فى الحوادث الواقعـة من أول اغسطس سنة ١٩٣١ ووفقا للفـقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لاتسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا اذا كانت ثابتـه بوثيقة زواج رسمية تصـدر أو يصدر الاقرار بها من موظف مـختص بمقـتضى وظيفـته باصدارهـا، وطلب استخـراج البطاقة العـائلية لايدخل فى هذا النطاق ولايحمل معنى الرسميـة. واذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه «والزواج مدعى بحـصوله فى سنة ١٩٥٥ فلا تسمع الدعوى به الا اذا كـان ثابتـا بـوثيـقـة زواج رسـمـيـة من مـوظف مـخـتص بتـوثيق

---

(٦) الطعن رقم ٢ سنة ٤٣ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١٠/ ٣/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص٥٩٢، الطعن رقم ٤١ سنة ٤٠ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١٥/ ١/ ٧٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧١١ قاعدة ٢٠١١

(٧) الطعن رقم ٩ سنة ٥١ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ٢٩/ ١٢/ ١٩٨١ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧١٢ قاعدة ٢٠١٣، الطعن رقم ٨٠ سنة ٦٣ق أحوال شخصية جلسة ١٥/ ٢/ ١٩٩٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٥ ص٣٦٤

عقود الزواج سـواء أكانت الدعوى فى حال حياة الزوجين أم بعـد الوفاة» والاقرار المعول عليه فى هذا الشـأن «هو الاقرار الذى يحصل فى مجلس القضـاء أما الاقرار الذى يحصل خـارج مجلس القـضاء أو فى ورقة عـرفية أو أمـام جهة رسـمية غـير مخـتصة بتـوثيق عقود الزواج فـلا يؤخذ به ولا يعول عـليه» فانه لايكون قـد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.(٨)

---

(٨) الطعن رقم ٢٥ سنة ٣٥ق ـ أحـوال شخـصية ـ ٣١/ ٥/ ١٩٦٧ مـجمـوعة القـواعد التى قـررتها محـكمة النقض فى خمسين عاما ص٧٠٩ بند ٢٠٠٦.

المبحث الثانى
اقرار المرأة بما ذكر

١ - إقرارها بالولد

اقرارها بالولد ابنا كان أو بنتا فيه تفصيل، لأنها اما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا متزوجة ولامعتدة. فالأحوال ثلاث:

(أ) فان كانت ذات زوج وصدقها الزوج فيما زعمت أنه ابنا منه ثبت النسب منهما بالتزامه. وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة ولو القابلة لأنها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة، وهنا شهادة المرأة وحدها كافية سواء أكانت شهادة على الولادة أم على تعيين الولد. وأما النسب فانه ثابت بالفراش (راجع ثبوت النسب فى الأحوال الشخصية).

ولابد من توافر الشروط الثلاثة المتقدمة.

وان كان الصبى فى أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما اذا كان الصبى لايعبر عن نفسه لأن الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما، ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه. وان كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبة منه بتصديقه. أقول ولكن يلاحظ سنه بالنسبة للفراش كما لايخفى كذا فى عامة شروح الهداية. وعزاه صاحب الغاية الى الطحاوى (وانظر تكلمة رد المحتار) ولو كان الصبى فى يد امرأة فقال رجل هو ابنى منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه، وكذا لو قال هو ابنى من نكاح منك، وقالت هو ابنك منى من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما فى النكاح. فان قالت بعد ذلك هو ابنك منى من نكاح يثبت النسب كما تقدم (أنظر الاصل الخامس).

واذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لأن سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش، والنسب يثبت حقا للصبى فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب، وكذلك الحكم لو كان النكاح فاسدا لأن الفراش قد وجد (راجع تكملة الفتح فى دعوى النسب).

أقـول : اذا كـان تصـادق الزوجين على أن الولد من الزنا لاينفى نـسبـه عنهـمـا للمعنى الذى ذكر آنفا، أفلا يكون الحكم كذلك بالأولى اذا دعى الزوج أنه من نكاح وادعت المرأة أنه من زنا، لأن نفى نسـبة من الزوج جـاء من ناحيـتهـا فقط وهو فـقد التزم نسبه منه، وذلك غير موقوف على تصديقها وكذا نسبة ثابت منها وان قالت انه من الزنا لأن ثبوت نسبة منها بالانفصال وهى قد أقرت به وليس فى اقراره به تحميل على الغير. ويوضـحه ماقاله فى تكملة رد المحتار ان المرأة لو كـانت متزوجة وادعت أن الولد ولدها من غـير زوجـها صح اقرارهـا فى حق نفسـها فقط حـيث نفتـه عنه فيلزمها ولايلـزمه، ويحمل اقرارها على أنها جاءت به من زوج آخـر سواء أكان لها زوج معروف أم لا، اذ يكفى فى ذلك الامكان العقلى (راجع مقدمة ثبوت النسب). على أنه اذا لم يكن لهـا زوج فـغاية مـافى الأمر أن يـكون ولدها من الزنا، وفى هذه الحالة يثبت نسبه منها وان لم يثبت من أبيه كولد اللعان.

واذا ادعى الرجل أن هذا الولد ابنه منها فان نسبه يثبت منه متى استوفى شروطه. أما هى فلا يلزمها بمجرد دعواه أنه منها، بل لابد من تصديقها أ هـ ملخصا.

فإذا كان الأمر كذلك ففى مسألتنا قال الرجل انه ابنى منك من نكاح، وقالت هى هو ابنك من زنا، والفراش بينهـما قائم والنسب حق الصبى وقـد لزم المقر باقراره به من النكاح ولزمها أيضا لاقرارها بانفصاله عنها وان قالت من الزنا. وكل مافى الامر أنها لم توافـقه على النكاح وهذا لايضـره فى ثبوت نسب الولد منه مـع ثبوت نسب الولد منها على كل حال، فلينظر.

(ب) وان كانت معندة احتاجت الى حجة كاملة عند أبى حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعـتراف من الزوج، وقال الصـاحبان: يكفى فى الجـميع شهـادة امرأة واحدة. وقد وفينا هذه المسألة حقها فى ثبوت النسب فى كتابنا الأحوال الشخصية.

(جـ) وان لم تكن ذات زوج ولا معتـدة فعلى ماذهب اليه عامة المشـايخ واختاره صاحب الهداية يثبت النسب منها بقولها من غير بينه أصلا لأن فيه الزاما على نفسها دون غيرها.

ومن المشايخ من قال : لايقبل قولها سواء أكانت ذات زوج أم لم تكن، عملا باطلاق ماقاله محمد فى الجامع الصغير، لأنه قال: اذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة الخ، وحمله المصنف على أن تكون المرأة ذات زوج واقتفى أثره عامة المشايخ فى تقييد المسألة. فعلى ما ذهب اليه عامة المشايخ لايكون فرق بين الرجل والمرأة فى دعوة النسب وعلى ماذهب اليه بعضهم يكون بينهما فرق حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة (أنظر الأصل الرابع المتقدم) ووجه الفرق يرجع الى هذا الأصل، فان المرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد مما يشاهد فلابد لها من بينة على كل حال. وأما الرجل فلا يمكنه البينة على الاعلاق لخفائه فلا يحتاج اليها. لكن المختار هو ما ذهب اليه عامة المشايخ للمعنى الذى قاله صاحب الهداية وقد ذكرناه آنفا (وانظر تكملة الفتح).

٢ - الاقرار بالوالد

اقرارها بالوالد هو كاقرار الرجل به تماما للمعنى المذكور هناك والأنوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها.

٣ - اقرارها بالأم

اقرارها بالأم فيه مافى اقرار الرجل بالأم، وقد صرح صاحب الهداية بقبوله وقال فى العناية نقلا عن المبسوط ان اقرار المرأة يصح بثلاثة نفر: بالأب والزوج ومولى العتاقة.

٤ - اقرارها بالزوج

يصح اقرار المرأة بالزوج كما يصح اقرار الرجل بالزوجة متى انتفت الموانع، لأنه ليس فى هذا الاقرار تحميل على الغير.

٥ - اقرارها بمولى العتاقة

اقرارها بمولى العتاقة كاقرار الرجل اذ المعنى واحد.

ولابد من تصديق كل أولئك للمرأة على النحو الذى مر فى اقرار الرجل. وكما يكون التصديق فى حياة المقر يكون بعد موته، لأن النسب يبقى بعد الموت وكذا

الولاء، وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق فان العدة واجبة عليها بعد الموت وهى من آثار النكاح، ولذا كـان لها أن تغـسله بعـد الموت بالاتفاق. وكـذا تصديق الزوج بعـد موتهـا على قول الصاحـبين، لأن الارث من أحكام النكاح وهو يكون بعد الموت كـالعدة وقال أبوحنيفة: لايصح تصديق الزوج بعد موتها لأن النكاح انقطع بالموت ولذا لايحل له غسلها بعـد موتها عندنا. ولايصح التصـديق على اعتبار الارث لأنه معـدوم حالة الاقرار وانما يثبت بالموت، والتصديق يستند الى أول الاقرار (أنظر تكملة الفتح).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- النسب فى جـانب المرأة يثبت بالولادة ولا مـرد لها وهو اذا ثبت يـلزم ولايحتـمل النفى أصـلا، وفى جانب الرجل يثبت بالفـراش والاقرار وبالبـينة وهو بعد الاقـرار به لا يحتمل النفى لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع. (١)

- اقرار المرأة المتزوجة بالأمومة من زوجها لا يثبت به النسب الا اذا صدقها الزوج لأن اقرارها بالولد فى هذه الحالة فيه تحميل نسبه على الزوج، فلا يلزم بقولها الا عند مصادقته، فيثبت حينذاك نسب الولد منهما.(٢)

- المقرر شرعا أن الاقرار متى استوفى شروط صحته صار حجـة على المقر وانه يشترط لصحة اقرار المرأة المتزوجة بالولد ان يصادقها زوجها أو تقيم البينة على الولادة اذا انكره(٣)

- لئن كان ثبوت النسب حقا اصليا للام لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعير بولد ليس له أب مـعروف، فهـو فى نفس الوقت حق أصلى للولد لأنه يرتب له حـقوقا بـينها المشرع والقوانين الوضعـية كحق النفقة والرضاع والحضـانة والارث ويتعلق به أيضا حق الله تعـالى بحـقـوق وحـرمـات أوجب الله رعـايتـهـا فـلا تملك الأم

---

(١) الطعن رقم ١٦ سنة ٣٤ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ٣٠/ ٣/ ١٩٦٦ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧١٥ قاعدة ٢٠٢٢

(٢) الطعن رقم ٢ سنة ٤٣ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١٠/ ٣/ ١٩٧٦. مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧١٧ قاعدة ٢٠٣٢

(٣) طعن ٣٢ لسنة ٤٨ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١٦/ ١/ ١٩٨٠ غير منشور.

اسقـاط حقـوق ولدها او المساس بحـقوق الله تعـالى ومن ثم فلا يعيـب الحكـم وقد ثبت لديه اقرار الطاعن بالفـراش أن يطرح مدلول ماجاء بالاقـرار المقدم من الطاعن والمنسوب صـدوره الى المطعون عليها مـن أنه لم يعاشرها معـاشرة الازواج طالما أن فيه اسقاطا لحقوق الصغيرة لاتملكه.(٤)

– نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة، وأن يكون ممن يولد مثله لمثلها وأن يصادقها المقر على اقرارها ان كان فى سن التمييز دون توقف على شئ اخر ودون حاجـة الى اثبات، سواء كانت الولادة من زواج صحـيح أو فاسد، أو من غير زواج شرعى كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة، اذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة، ويجب لثبوت نسبه من زوجها او مطلقها أن يصادقـها على اقرارها أو أن تثبت أن هذا الولد جاء على فراش الزوجـية، وحينئـذ يثبت نسبه منها. فاذا تحققت هذه الشروط فى اقرار الأم نفذ عليها وثبت النسب به وتعين معاملة المقر باقراره والمصادق بمصـادقته، ولايجوز الرجوع عن هذا الاقرار بعد صـحته، ويترتب عليه جميع الحقوق والأحكام الثابته بين الابناء والآباء.(٥)

– النسب حـق للولد فـلا يصـــدق الزوجـان فى ابطـاله ولو تعـاونا عـلى أنه لم يحصل وطء، ومن ثم فان اقرارهما أو أحدهمـا بعدم الدخول والخلوة لايتعدى اليه ولايبطل حقه.(٦)

---

(٤) الطعن رقم ٢٨ سنة ٤٤ق ـ أحوال شخصية ـ جلسة ١٢/ ٥/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص١٠٩٣ ، الطعن رقم ٢٤ سنة ٣٩ق أحوال شخصية ـ جلسة ٢٣/ ٥/ ٧٣. ــ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧١٧ قاعدة ٢٠٣١.

(٥) الطعن رقم ١٧ سنة ٤٦ق أحـوال شخصـية ـ جلسة ٢٢/ ٢/ ١٩٧٨.. مـجموعـة القواعد التـى قررتها مـحكمة النقض فى خمـسين عاما ص٧١٣ قاعدة ٢٠١٨، الطـعن رقم ٣٠ سنة ٥٣ق احوال شخصـية جلسة ٢٨/ ١/ ١٩٨٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات (١٩٨٠ـ ١٩٨٥) ص١٦٨ قاعدة ١٥٥

(٦) الطعن رقم ٢٢ سنة ٣٥ق ـ أحـوال شخصـية ـ جلسـة ١٥/ ٣/ ١٩٦٧ مجـموعة القـواعد التى قـررتها مـحكمة النقض فى خمـسين عاما ص٧١٧ قاعدة ٢٠٣٠، الطعـن رقم ٣٤ لسنة ٣٩ق احوال شخصية جلسة ٢٣/ ٥/ ١٩٧٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ ص٨١٦.

المبحث الثالث
تكملة

ولنذكر هنا العبارة الآتية (نقلا عن تكملة الفتح جزء سابع) لما احتوته من الفوائد وان كان بعض مافيها مذكورا فيما مضى وفيما سيأتى قال مانصه: فان قلت لأى معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الأم مع أن الولد ولد منهما ؟ وما فائدة ثبوت نسبة من الأب دون الأم؟ وما فائدة ثبوت النسب من الرجل فى الاربعة أو الخمسة المذكورين دون سواهم؟ مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه فى تركة أبيه على ماسيأتى فى الكتاب. وكذلك يجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته كما ذكر فى المحيط والذخيرة.

قلت اما الأول فلأن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى (ادعوهم لآبائهم) وقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن) حيث اضاف الولد الى الاب بلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهى صحة اقرار الأب بالولد ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لايشاركه فيها أحد كما لايشاركه أحد فى نسبه. وأما فائدة ثبوت النسب فى حق هذه الأربعة أو الخمسة فهى ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص اى أن حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقريرا لصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك. ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه (اقول وانما جاء هذا العموم هنا تبعا وضمنا لا قصدا فلا اعتراض اذ أصل الاقرار ليس فيه تحميل على الغير).

ثم قال وأما فيما سوى الأربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر أنه فى موضعين (أحدهما) عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى أن من أقر بأخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لايرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث

من أبى المقر وأمه بخلاف من صح اقراره فى حقه كما ذكرناه (والثانى) صحة رجوع المقر عما أقر به فى حق من سوى الأربعة أو الخمسة وعدم صحته فى حق هؤلاء، فان من أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما اقر يصح حتى أنه لو أوصى بماله كله الانسان بعد الاقرار بأخ ثم رجع عن اقراره كان ماله كله للموصى له لأن النسب لما لم يثبت كان اقراره بالأخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر.

(أقول انظر الاصل الثانى المتقدم) وأما أخذ الأخ المقر له تركه المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى له بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ولذا قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر فى حال حياته.

الى هذا كله أشار فى الذخيرة وفى الجامع الصغير للامام المحبوبى.

الفـــرع الثـــانى

الإقرار بالنسب

الذى فيه تحميل على الغير

الإقـرار الذى فيـه تحـميـل النسب على الغير هو مـا يكون بغـيـر الولد الصلبى والوالدين المباشـرين للمقر نحـو الأخ والعم والجد وابن الابن كمـا صرح بذلك فى معتبرات كتب المذهب «انظر الدر المختار والتكملتين».

فإذا أقـر بواحد من هؤلاء ونحـوهم لا يقبل اقـراره فى حق النسب وإن صـدقه المقر له لأن فيه تحـميل نسب الغير على الغير، فـفى الإقرار بالأخ حمل النسب على الأب إذا المقر له بالإخوة ما لم يكن ابن أبى المقر لا يكون أخا له.

وفى الاقرار بالـعم حمل النسب على الجـد إذا المقر له بالعـمومة مـا لم يكن ابن جدالمقر لا يكون عما لـه وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب علي الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر مـا لم تثبت بنوته من ابن المقر. قال فى تكـملة رد المحتار: أى إذا كان فى حيـاة ابنه لأن فيه حمل النسب على الغير، كـما قيده الحموى: قـال العلامة أبوالسعود: واعلم أن الإقـرار بابن الابن ذكره فى التنوير وشرحه مـطلقا، لكن ذكره الحموى بخطه مقيدا بما إذا أقر به فى حيـاة ابنه معللا بأن فيه حمل النسب على الغير فليحـفظ أ هـ فتأمل. أقـول وهل يقال مـثل ذلك فى الجد أيضا؟ وفى الاقـرار بالجد حمل النسب على الأب إذ المقر له لا يكون جد المقر ما لم تثبت أبوته من أبيه.

وإذا كان فى مثل هذا الإقرار تحميل نسب الغيـر على الغير كان إقرارا على غيره لا على نفسه، فكان دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة.

وشهـادة المفرد فيمـا يطلع عليه الرجال وهو من باب حـقوق العبـاد غير مقـبولة وحدها فلا يترتب عليها بمفردها حكم.

ولكن يقبل اقراره فى حق المال كما سـيأتى وإن لم يقبل فى حق النسب فإن كان للمقر وارث معروف قريب كأصحاب الـفروض والعصبة، أو بعيد كذوى الأرحام

ومولى الموالاة، فهذا الوارث المعروف أولى بالميراث من المقر له ودرجته بعد درجة مولى الموالاة «راجع المواريث» وذلك لأنه لما لم يثبت نسبه من المقر فلا يزاحم الوارث المعروف. وإن لم يكن للمقر وارث أصلا استحق المقر له ميراثه لأن للمقر ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث. الا يرى أن له أن يوصى بجميع ماله فيستحق المقر له جميع المال بناء على هذا وإن لم يثبت نسبه، لما فيه من حمل النسب على الغير. وبهذا تظهر فائدة هذا النوع من الاقرار، وتظهر فائدته أيضا حال حياة كل من المقر والمقر له فى وجوب نفقة المقر له على المقر وحضانته ونحو ذلك متى توافرت الشروط فالفائدة ترجع للمال فقط فى الحياة وبعد الموت «انظر دعوى النسب».

وليس هذا الاقرار وصية حقيقية فإن من أقر بأخ ثم أوصى بكل ماله لآخر كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة. ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين «راجع احكام الوصية لاثنين» لكنه بمنزلة الوصية، حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح، والنسب لم يثبت.

ومن مات أبوه فأقر بأخ «مثلا» لم يثبت نسب أخيه من أبيه لما بينا، لكنه يشاركه فى الإرث من أبيه وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم.

وقال الشافعى لا يشاركه فى الإرث لعدم ثبوت نسبه.

ولنا أن إقراره تضمن شيئين: «الأول» حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه «والثانى» الاشتراك فى المال وله فيه ولاية لأنه إقرار على نفسه وله ولاية على نفسه.

وإذا قبل إقراره فى حق نفسه استحق المقر له نصف نصيب المقر على قول أصحابنا رضى الله عنهم. وعلى قول مالك وابن أبى ليلى رضى الله عنهما يجعل إقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك.

حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما فى يده عندنا. وعندهما ثلث ما فى يده، لأن المقر قد أقر له

بثلث شائع فى النصفين فينفذ اقراره فى حصته وبطل ما كان فى حصة أخيه فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال، والسدس الآخر فى نصيب أخيه فيبطل اقراره فيه. ونحن نقول إن فى زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما فى يده كالهالك فيكون الباقى بينهما بالسوية. ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما فى يده عندنا وعندهما تأخذ خمسة. ولو أقر ابن وبنت بأخ لهما وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا اخماسا، وعندهما أرباعا، والتخريج ظاهر. ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده. ولو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به.

ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة ابيهما وكذبه الاخر اخذت تسعى ما فى يده عندنا. وعند مالك وابن أبى ليلى لها ثمن ما فى يده لأن فى زعم المقر أن للمرأة ثمن ما فى يدى الابنين، الا ان اقراره صح فيما فى يد نفسه ولا يصح فى حق صاحبه وإذا صح فى حق نفسه يعطيهما ثمن ما فى يده. ونحن نقول إن فى زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما أخذ أخوة اكثر من حقه فى زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذى فى يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هى حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم كذا فى التبيين والبدائع والايضاح. (انظر تكملة الفتح).

وإذا لم يثبت النسب المتقدم بالاقرار فإنه يثبت بتصديق المقر عليه أو ببرهان يقيمه المقر أو المقر له على المقر عليه وهذا البرهان هو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بالنسب فى وجه خصم شرعى «انظر دعوى النسب» ومنه اقرار رجلين أو رجل وامرأتين من ورثة المقر بنسب المقر له فيتعدى الحكم إلى غيرهما من الورثة، فإذا كان المقر واحدا من الورثة اقتصر الحكم عليه وكذا لو كان رجلا وامرأة كما تقدم.

ولو انحصر الارث فى واحد فأقر بوارث آخر معه ثبت به النسب عند أبى يوسف خلافا لأبى حنيفة ومحمد، ويقول أبى يوسف أخذ الكرخى وظاهر إطلاق المتون ترجيح قولهما «انظر تكملة رد المحتار» ويقول أبى يوسف قال الحسن والشافعى كما فى تكملة الفتح. قال والأول «أى قول الطرفين» أصح اعتبارا للإقرار بالشهادة وتوضيحه أن الاقرار بنحو الإخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة، بخلاف ما إذا كانا اثنين فصاعدا لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين فى النسب مقبولة أ هـ.

ولو اقر أخو المتوفى بابن للمتوفى: قال الشافعية لا يصح الإقرار لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى وهنا لو صح إقراره بالابن تبين أنه هو ليس بوارث وإذا لم يكن وارثا لا يصح إقراره فأدى وجود هذا الاقرار الى نفيه فينتفى من أصله أى لا يصح.

«والحاصل» أن الأخ بإقراره بالابن يصير مقرا على نفسه فيحرم من الميراث بسبب الابن واذا خرج من الميراث صار أجنبيا فاقراره غير صحيح ولم يكن مقرا على نفسه فلا يرث الابن فيعود الميراث له وهكذا فيلزم الدور الحكمى الذى عده الشافعية من موانع الإرث (١) لأنه يلزم من التوريث عدمه فقد أدى وجود الإقرار إلى عدمه.

وإذا لم يصح الاقرار كان الميراث للأخ وحينئذ يجب على المقر باطنا أن يدفع التركة للابن المقر بنسبة إذا كان صادقا فى إقراره لأنه يعلم استحقاقه المال دونه. وهذا القول هو الصحيح من مذهب الشافعى، وللشافعى قول آخر أنه يثبت نسب الولد من المتوفى فيستبد بالميراث وحده دون الأخ، وبه قال أحمد ونقل عن أبى حنيفة. ويلزم عندنا أن يصح الإقرار ويجوز الابن كل الميراث معاملة للأخ بإقراره فى حق نفسه وإن لم يثبت النسب ويكفى فى إقرار الأخ كونه وارثا ظاهرا وأن تبين باقراره أنه ليس بوارث. ويؤيده ما قاله العلامة قاسم فى فتاواه، ونصه: قال

(٢) راجع كتابنا «التركات وما يتعلق بها من الحقوق» ففيه هذا الموضوع مستوفى جدا

محمد فى الأصل ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت أو بعم او بابن عم أخذ المقر له الميراث كله الوارث المعروف اقر بأنه مقدم عليه فى استحقاق ماله، واقراره حجة على نفسه أ هـ ملخصا من تكملة رد المختار.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- لئن كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الإقرار بالنسب على غير المقر، وهو إقرار بقربة يكون فيها واسطة بين المقر له - كالاقرار بالاخوة- لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه النسب أو البرهنة عليه بالبينة، اذ الاقرار بالاخوة يقتضى اولا ان المقر له ابن لابى المقر ويستتبع ذلك أنه أخ للمقر، الا ان المقر يعامل باقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع إليه، وتنقسم التركة فى هذه الحالة على اساس الاعتداد بالاقرار تجاه المقر دون غيره من الورثة الذين لم يوافقوه على اقراره باعتبار الاقرار حجة قاصرة. وإذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الاقرار الموقع عليه من الطاعنة وبقية الورثة تضمن اعترافهم بأحقية المطعون عليها فى نصيبها من تركة المتوفى، وكان دفاع المطعون عليها يقوم أساسا على حقها فى مشاركة الطاعنة، وباقى الورثة فى التركة المخلفة من المتوفى استنادا إلى الاقرار الصادر منهم، فإن الدعوى المعروضة بالإرث بهذه المثابة تكون متعلقة بالمال. (1)

- المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة ان الاقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الاقرار بغير الابوة والبنوة - كالاقرار بالخؤولة موضوع الدعوى الماثلة - وإن كان لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه أو البرهنة عليه بالبينة لأن فيه تحميلا له على الغير، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وسائر الحقوق التى ترجع إليه كما لو كان النسب ثابتا من المورث حقيقة، وكان الواقع فى الدعوى على ما

---

(1) الطعن رقم ٤ سنة ٤٤ق - أحوال شخصية - جلسة ٢١/ ١/ ١٩٧٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٧١٢ قاعدة ٢٠١٦.

تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن الأول وقع على وثيقة زواج المطعون عليها بوصف أنه خالها ووكيلها فى عقد قرانها وأنه وقع مع الطاعنة الثانية على محضر احتفظ به أفاد تضمن أن المورثة توفيت عنها وعن ابنتها المطعون عليها، كما أن الطاعنة الثانية تقدمت بطلب لاستصدار اشهاد شرعى فى المادة.. لسنة ١٩٦٩ وراثات الجيزة أقرت فيه ببنوة المطعون عليها المتوفاة، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة على سند من اقرار من حمل عليه النسب وهى المتوفاة طبقا لما سلف بيانه بما ينطوى عليه من تصديق للإقرار المنسوب للطاعنين، والذى تأيد بالبينة التى تقدمت بها المطعون عليها فإنه يكون قد أصاب. (٢)

– مجرد الإقرار بالأمومة مع عدم ثبوت الفراش وعدم الاقرار بالنسب لا يكفى لثبوت النسب إلى الأب، لأن إقرار الأم قاصر الأثر عليها ولا يتعدى إلى الغير، لأن الإقرار متى حمل فيه النسب على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها. (٣)

– دعوى النسب بعد وفاة المورث لا ترفع استقلالا. وجوب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة. (٤)

---

(٢) الطعن رقم ١٧ سنة ٤٦ق – أحوال شخصية – جلسة ٢٢/ ٢/ ١٩٧٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧١٣ قاعدة ٢٢١٧، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ص ٥٦٨

(٣) الطعن رقم ٥٩ سنة ٦٦ق – أحوال شخصية جلسة ٣٠/ ١٢/ ١٩٩٦، مجلة القضاة السنة ٢٩ العدد الثانى، ص٥٤٠ قاعدة ٨.

(٤) الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٣ق – أحوال شخصية – جلسة ٧/ ٧/ ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨ ص١٠٦٠، الطعن رقم ٦٨ سنة، ٥٨ – أحوال شخصية – جلسة ٢٣/ ٢/ ١٩٩٣، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ص ٧٠٩.

الفصل الحادى عشر

إقرار المريض

مقدمة

المراد به من كان مريضا مرض الموت وقد بينا هذا المرض فى عوارض الأهلية وذكرنا ما يتعلق به من الشروط والأصل الذى بنيت عليه تصرفات المريض وأحكام هذه التصرفات بالتفصيل. ثم ذكرناها متفرقة فى مواضعها كبيع المريض وطلاقة تسهيلا للمراجعة وسنذكر هنا ما يتعلق بإقراره وديونه وما يرتبط بذلك فنقول. (١)

ما تتوجه به المطالبة إلى المريض حال مرضه أو بعد وفاته ينحصر فيما يأتى: «الأول» أن يكون ثابتا فى حال صحته بغير إقراره «الثانى» أن يكون ثابتا بإقراره فى حالة صحته «الثالث» أن يكون ثابتا فى حالة مرضه ولكن بغير إقراره. «الرابع» أن يكون ثابتا باقراره وهو مريض ولا طريق لثبوته غير الإقرار.

فالصور الثلاث الأولى ينتظمها حكم واحد مخالف لحكم الصورة الرابعة. والإقرار إما أن يكون لأجنبى أو وارث ويكون إما بدين أو عين أمانة أو مضمونة ولنذكر ذلك فى ثلاثة فروع.

---

(١) لا فرق عند اهل الظاهر بين حكم تصرفات المريض اخبارا وإنشاء وحكم تصرفات الصحيح كذلك. وإنما الفرق بينهما فى الامرين كليهما هو على قول جمهور الفقهاء وانظر كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض المرض.

- تنص المادة ٩١٦ من القانون المدنى:

١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا ان العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

٣- وإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

- وانظر أحكام تصرفات المريض مرض الموت مجموعة انتقال ما كانت يملكه الانسان حال حياته إلى غيره بعد موته للمؤلفين طبعة نادى القضاة سنة ١٩٩٩ص ١٠٩٣ وما بعدها.

الفرع الأول
إقرار المريض لأجنبي

المراد بالأجنبي غير الوارث وسيأتي بيان المراد بالوارث في هذا الفصل.

واقراره للأجنبي إما بدين أو عين.

١ - إقرار المريض لأجنبي بالدين - إذا أقر المريض لأجبي بالدين فاقراره جائز وإن أحاط ذلك بكل ماله وذلك لقول ابن عمر رضي الله عنهما «انظر تكملة الفتح» إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته. والأثر في مثله كالخبر لأنه من المقدرات فلا يدرك بالقياس والمسألة مبسوطة في الأصول. ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة وقد ورد بذلك الحديث وحق الوارث إنما يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة، ولذا يقدم تجهيزه وتكفينه، ولأنه لو انحجر عن الإقرار بسبب المرض امتنع الناس عن المعاملة معه في حال صحته بناء على جواز أن يفاجئه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا «هداية وعناية وتكملة الفتح في مواضع متعددة».

٢- وإذا أقر له بعين أمانة أو مضمونة صح الإقرار أيضا ولكن لنفاذ الإقرار بكل من الدين والعين في حالة المرض شروط ستأتي.

٣- وذهب بعض الناس إلى أن إقرار المريض لا يجوز إلا في الثلث وهو القياس لأن الشرع (١) قصر تصرف المريض على الثلث وتعلق حق الورثة بالثلثين (٢)

---

(١) أي على ما ذهب إليه الجمهور. وانظر المحلى في دليلهم النقلي والرد عليهم.

(٢) قالوا إن مرض الموت حكمه حكم الموت لانه مقدمة له ومتصل به وعلى هذا فجميع التصرفات التي تحصل فيه تكون قد حصلت بعد تعلق حق الدائنين والورثة بمال المدين المريض فينبغي الا يضر بتصرفه الدائنين الثابتة حقوقهم من قبل ولا الورثة في حقهم الشرعي الخالص لهم إلا ما استثنى لحاجته الضرورية كثمن الأغذية والأدوية وما يتصل بذلك.

ولهذا لو تبرع بجميع مـا له لم ينفذ الا فى الثلث فكذا الإقرار وجب ألا ينفذ إلا فى الثلث كذا قالوا. «تكملةالفتح» ثم قال قـاضى زاده: أقول لقائل أن يقول: الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذى لم يكن من الحوائج الأصلية دون مطلق التصرف وإلا لزم ألا ينفذ تصـرفه فى نحـو ثمن الأغذية والأدوية إلا فى مقـدار الثلث ولـم يقل به أحـد. وقد تقـرر فيـما مـر أن قضـاء الدين من الحـوائج الأصلية فلم يجـر القيـاس المذكور فى الإقرار بالدين. (٣)

وقال فى الإسعاف إذا أقر المريض بالوقف لمعين صح إقراره، وإن لغير معين كان فى حكم الوصية، ويتـفرع على هذا أنه لو قال المريض إن هذه الأرض التى فى يدى وقفهـا رجل على فلان ثم مات المقـر فى مرضه ذلك تكون الأرض وقفـا على فلان المذكور كما قال لكونه معينا. ولو قال هذه الدراهم دفعها إلى رجل وقال لى تصدق بها ثم مات فلا ينفذ قوله إلا فى الثلث لعدم تعيين المقر له فيكون وصية أ هـ.

---

(٣) اللهم إلا أن يدعى أن كون قضائه من الحوائج الأصلية على موجب الاستحسان ايضا دون القياس.
وقال صـاحب الهداية فى بيان وجه الاسـتحسان: الا انا نقـول لما صح اقراره فى الثلث كان له التـصرف فى ثلث البـاقى لأنه الثلث بعـد الدين ثم وثم حتى يـأتى على الكل. واعتـرض على ذلك «اولا» بأن مـا ينتجـه الدليل أقل من المدعى لأن المدعى هو جـواز الاقرار لأجنبى وإن أحـاط بكل ما له واتبـاع الطريقة التى قـالها صاحب الهـداية لا يمكن من الاتيـان على كل المال بل يبقى جـزء منه حتمـا فلم يتم التقـريب. والظاهر أن مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقـة وان الجزء الباقى فى حكم العدم لتناهيه فى الصغر وعلى كل فالاعتراض وارد من الوجهة النظرية «ثانيا» ان الانسان لو أوصى بجميع ماله وليس عليه دين فإن الوصية لا تجوز عند تحقق وجود الورثة مع جـريان الطريق المذكور لان المريض له حق التصرف فى ثلث ماله بدون اجازة فلـما صح تصرفـه فى ثلث ماله كـان له التصـرف في ثلث الباقى لما أن جـميع ماله بعـد الثلث الخارج جـعل كـأنه هو من الابتداء، فـيجب أن تنفـذ وصيـته فى ثلـثه أيضـا ثم وثم إلى أن يأتى على الكل. وأجيب بأن الثلـث بعد الدين محل تصـرف المريض فلما أقـر بدين انتقل محل التـصرف إلى ثلث مـا بعده وليس الثلث بعد الوصـية محلا لتـصرف المريض من جهـة الوصية وإنما محل الوصـية ثلث المجموع لا غـير فافترقا أ هـ. وهو فرق وجيه «انظر تكملة الفتح».

الفرع الثانى

إقرار المريض لوارثه وإقراره بالوارث

المبحث الأول

إقراره للوارث

إقرار المريض لوارثه بدين أو عين كثير أو قليل لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة، وبه قال الشافعى فى قول، وأحمد وهو قول شريح وإبراهيم النخعى وغيرهم. وقال الشافعى فى قوله الثانى يصح كاقراره للأجنبى بذلك وهو قول الحسن البصرى وبعض التابعين. وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطل إذا اتهم: كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل إذ لايتهم فى نصيبه ويتهم أن يزيد فى نصيبها. فأدار مالك الحكم على التهمة. ودليل الشافعى فى قوله الثانى ان الاقرار اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به وصار هذا الاقرار كالإقرار لاجنبى وبوارث آخر. ولأصحابنا ما رواه الدارقطنى فى سنته عن جعفر بن محمد عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين». ولما كانت هذه الزيادة شاذة عدل عن الاحتجاج بهذا الحديث الى قول ابن عمر: إذا اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة. وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم على القياس كما بين فى موضعه من الاصول. هذا هو الدليل النقلى، ولم يتعرض فيه لبطلان الاقرار للوارث بالعين ولكن الدليل العقلى الآتى ينتظمها جميعا وهو تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع المريض من التبرع على الوارث أصلا كالوصية والهبة له ففى تخصيص البعض

به أبطال حق الباقين(١). ولأن حالة المرض حالة استغناء المريض عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ماهو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه(٢) والقرابة تمنع من ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص (أنظر تكملة الفتح) وتعلق حق الورثة بمال المريض فى حالة المرض لم يظهر فى حق الأجنبى لحاجة الإنسان الى المعاملة مع غيره حالة صحته فلو لم يصح اقراره بالكلية فى حالة المرض لم تقض حاجته فى حال صحته كما قدمنا. قيل ان الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لأن المعاملة كما تكون مع الأجنبى تكون مع الوارث وأجيب بأن المعاملة قلما تقع مع الوارث لأنها للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح ولم يظهر هذا التعلق أيضا فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته إيضاً إليه لأنه قد يحتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة كما له أخ وأقر بابن. ومما يتفرع على ذلك:

---

(١) قال فى تكملة الفتح: فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لايكذب على نفسه جزافا. وبالمرض تزداد جهة الصدق لأن الباعث الشرعى ينضم الى العقلى فيبعثه على الصدق. قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين. ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عن طريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة. بخلاف الأجنبى لأنه غير متهم فيه لأنه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية.. وكل تصرف يتمكن المرء من تحصيل المقصود به انشاء لاتتمكن التهمة فى اقراره به، كذا فى الكفاية ومعراج الدراية أهـ. وانظر ما ذكرناه آنفا من ملاحظة الإمام الشافعى على هذا.

(٢) المانعون من جواز اقرار المريض لوارث والمجوزون لاقراره كلهم لاحظوا التهمة. فرأى أبوحنيفة وأصحابه ان التهمة قائمة فى الاقرار للوارث مطلقا. ورأى مالك وأصحابه أنها دائرة وراء الظنة فتارة يتهم فى اقراره لوارث وتارة لايتهم والمرجع فى كل حادثة الى القضاء ليتبين القاضى من ملابسات الموضوع رجحان صحة الاقرار لانتفاء التهمة أو يرى العكس ورأى الشافعى فى قوله الثانى انتفاء التهمة ووجهة نظره قوية جدا ولكن بالنسبة لمن يخشى ربه. وقد يكون الاقرار تحت تأثير اكراه غير ظاهر إلا للمقر.

وعندى أن الأولى هو مذهب الإمام مالك.

١ ــ أنه إذا أقر المريض بدين لمن طلقها طلاقا بائنا يطلبها فى مرضه فلها الأقل من الارث ومن الدين ان مات فى عدتها لقيام التهمة ببقاء العدة لاحتمال تواطئها معه على الطلاق ليقر لها بالدين الزائد على فرضها فعوملت بالأقل دفعا لقصدها السيء ظاهرا وباب الاقرار كان منسدا لبقاء الزوجية فربما أقدم على الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ارثها ولا تهمة فى أقلها فيثبت أهـ. هداية وتكملة رد المحتار. وإن أبانها بلا طلبها فلها الميراث ان مات فى عدتها لانتفاء تهمة المواضعة، ولأنه يعتبر فارا من أن ترثه فيرد قصده عليه. فان مات بعد انقضاء عدتها استحقت ما أقر لها به لانتفاء التهمة حال موته وان كانت قائمة وقت الابانة وهنا تظهر قوة مذهب الإمام أحمد على ما سيأتى. وهذه المسألة تدل على بناء الحكم الشرعى على القرائن.

٢ ــ اقرار المريض لزوجته بمهرها الى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه ولو بعد الدخول وان كان الظاهر أنها استوفت منه شيئا. ولو أقر لامرأته التى ماتت عن ولد منه بقدر مهر مثلها وله ورثة آخرون لم يصدقوه فى ذلك لايصح اقراره. ولا يناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر بخلاف الأول (أنظر تكملة رد المحتار) والحكم هنا أيضا مبنى على القرينة.

٣ ــ ولو أقرت المرأة فى مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج لأن القبض يوجب مثل المقبوض فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا. والاقرار بالدين للوارث لايصح (أنظر الهداية والتكملة) وانظر ما تقدم.

على أن هذا فى الحقيقة ابراء من الدين وهى متهمة فى ذلك.

٤ ــ ولو قال لا حق لى قبل أمى أو أبى صح ذلك لأنه ليس باقرار للوارث، وهذا انما يتصور فى الدين لأنه محل الابراء والاسقاط. وقال فى الدر: وهو الحيلة فى ابراء المريض وارثه. وقال فى التكملة يعنى إذا علم أنه لا حق له قبلهما وخاف ان يتعلل عليهما أحد من الورثة أو يدعى عليهما بشيء. أما لو كان له حق فلا يحل له اضرار باقى الورثة، فليتق الله من كان خارجا من الدنيا مقبلا على الآخرة أهـ.

وتعلق الورثة بمال المريض فى مرضه الذى أقر به لبعض ورثته حق لبقية الورثة، فاذا صدق بقية الورثة المقر لوارث منهم فقد أبطلو حقهم باختيارهم فينفذ اقراره (أنظر الهداية وتكملة الفتح) واذا صدق باقى الورثة المقر حال حياته فى اقراره للوارث فليس لهم الرجوع عن تصديقهم بعد ذلك، ولا حاجة الى تصديقهم بعد الموت بخلاف الوصية فإن نفاذها متوقف على التصديق بعد الموت. وينبغى أن يكون على هذا المنوال رضاء الغرماء قبل موته (أنظر تكملة رد المحتار) ونقل فى الدر عن القنية أن تصرفات المريض نافذة وانما تنتقض بعد الموت أهـ أى ينتقض منها ما يقبل النقض بعد الموت اذا كان لوارث ولم تجزه الورثة وكذا اذا كان لغير وارث وكان تبرعا أو محاباة فانه ينقض منه مازاد على الثلث إذا لم تكن اجازة. أقول وكذلك تنتقض المحاباة ولو كانت بغين يسير جدا إذا كانت التركة محاطة بالدين ولم يجز الغرماء على ما بيناه فى محله بيانا وافيا (وأنظر أحكام الصغار للاستروشنى) ونقل فى التنوير عن البزازية أن المريض لو أقر لوارثه يؤمر فى الحال بتسليم ما أقر به الى الوارث فاذا مات يرد أهـ. وهو راجع الى ما تقدم (أنظر الدر والتكملة والمادة ١٥٩٨ من المجلة وشرحها).

والتوقف على اجازة الورثة محله إذا كان للمقر وارث آخر غير المقر له يضره الاقرار فلو لم يكن له وارث غير من أقر له نفذ اقراره فى كل ما أقر به وليس لبيت المال أن يعترض لأنه ليس بوارث وانما هو محل توضع فيه الأموال الضائعة، ومن ضمن ذلك المال يموت مالكه من غير مستحق له بميراث أو وصية ويكون الاقرار مفيدا فى هذه الحالة إذا كان الوارث المقر له أحد الزوجين وفى الحقيقة هو أجنبى فيما وراء نصيبه وألا يكن أحد الزوجين فله كل الميراث أما فرضا وردا وأما تعصيبا، وأما لكونه من ذوى الأرحام. وان كان له وارث غير من أقر له وذلك الوارث أحد الزوجين فان المقر له يأخذ ما يبقى من التركة على كل حال بعد أن يأخذ الزوج الحى نصيبه من الميراث.

والحاصل أن المانع هو ايثار بعض الورثة على بعض. وعلى هذه العلة تدور الأحكام. وأما الأجنبى فبعيد عن هذا بحسب العادة والعبرة للكثير الغالب (أنظر الدر والتكملة)(٣).

وقد علمت مما تقدم أن اقرار المريض بعين لوارثه لايصح، لكنه نقل فى الدر عن الأشباه أنه لو أقرت البنت فى مرض موتها بان الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها أنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيها أهـ. ووافق صاحب التنوير صاحب الأشباه فى منحه. واستدلوا على ذلك بفروع ظنوا انها تسعدهم وقد خالف صاحب الأشباه علماء عصره وأفتوا بعدم الصحة. وقد كتب العلامة الحموى فى حاشية الأشباه فى الرد على عبارتها فقال: كل ما أتى به المصنف ـ أى صاحب الأشباه ـ لايشهد له مع تصريحهم بأن اقراره بعين فى يده لوارثه لايصح، ولاشك أن الأمتعة التى بيد البنت ملكها فيها ظاهر باليد، فإذا قالت هى ملك أبى لا حق لى فيها فيكون اقرارا بالعين للوارث، بخلاف قوله لم يكن لى عليه شىء، أو لا حق لى عليه أو ليس عليه شىء. ونحوه من صور النفى لتمسك النافى فيه بالأصل، فكيف يستدل به على مدعاه ويجعله صريحا فيه أهـ. وقال البيرى: الصواب أن ذلك اقرار للوارث بالعين بصيغة النفى ولا نزاع فى عدم صحة ذلك للوارث فى مرض الموت. وما أستند إليه المصنف مفروض فى إقرار بصيغة النفى فى دين لا فى عين، والدين وصف قائم بالذمة وانما يصير مالا باعتبار قبضه أهـ. وتمام الكلام فى هذه المسألة فى تكملة رد المحتار.

---

(٣) التهمة كما تكون ثابتة بالنسبة للوارث كذلك قد تكون ثابتة بالنسبة للأجنبى لأسباب خاصة ولذا ينبغى الأخذ بمذهب الإمام مالك فى دوران الحكم مع التهمة اينما كانت والقرائن هى التى تفيد القاضى علم ذلك. وقد رأينا من يفضل خليلته الأجنبية على زوجته التى هى من جنسه وعلى دينه فيوصى لتلك بنصف ماله فى الساعة الأخيرة من حياته أفيكون من الممنوع بالنسبة لهذا الغر أن يقر لتلك الأجنبية بما شاءت من الدين، ومع ذلك يقال انه غير متهم فى حقها لأنها أجنبية، وانما هو متهم فى حق زوجته المسكينة لأنها وارثة؟
فما أحسن مذهب مالك رضى الله عنه وما أعدله.

وفيها عن البزازية والأشباه: ادعى عليه ديونا ومالا ووديعة فصالح الطالب على يسير سرا، وأقر الطالب فى العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شىء، وكان ذلك فى مرض المدعى ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثى عليه أموال كثيرة وانما قصد حرماننا، لا تسمع، وان كان المدعى عليه وارث المدعى وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا (مثلا) قصد حرماننا بهذا الاقرار تسمع، لكونه متهما فى هذا الاقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير أهـ أى فيكون هذا قرينة على التهمة.

ويستثنى من اقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل ينقذ فيها إقراره لانتفاء تهمة الايثار فيها.

الأولى: اقرار المريض باستهلاك وديعة معروفة لوارثه فانه صحيح وصورة ذلك على مافى الجامع الكبير: رجل أودع أباه ألف درهم فى حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقر له خاصة وذلك لأنا لو لم تعتبر اقراره يصير كأنه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره. وهذا التعليل هو الصواب، وعلل بعضهم بأن اقرار المريض انما يرد لأجل التهمة ولا تهمة فى المعاينة أهـ. وهو تعليل غير صحيح لأن الثابت بالمعاينة فى المسألة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث إياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لاغير (أنظر تكملة الفتح).

الثانية: أن يكون للمريض وديعة عند الوارث فيقر وهو مريض أنه قبضها منه فيصح اقراره لأنه لو لم يقر ثم مات فطالب بها الورثة المودع فقال انى سلمتها للمودع صدق ولايكلف البينة لأنه أمين. وينبغى أن يلحق بهذه المسألة اقراره بالأمانات كلها.

الثالثة: أن يوكل المورث أحد ورثته بقبض دين من مدين له ثم يقر وهو مريض

انه قبض من وارثه ما وكله بقبضه. وذلك أن الوكيل أمين فيصدق كما تقدم. فالاقرار وعدمه فى هذه المسائل سواء إذ النتيجة واحدة.

واذا أقر المريض لوارثه ولأجنبى معا بدين أو عين فاقراره لهما موقوف على الاجازة سواء تصادق الوارث والأجنبى على الشركة فيما أقر لهما به أو أنكرها الأجنبى وهذا عند الشيخين لأن الاقرار اخبار ولايصح أن ينفذ على خلاف الوجه الذى أقر به، فاذا أقر به مشتركا لايمكن ان ينفذ غير مشترك. وقال محمد اذا أنكر الأجنبى الشركة نفذ الاقرار فى حصته وذلك لأن الاقرار للوارث لم يصح والشركة لم تثبت مع انكار الأجنبى لها فصار كأنه أقر للأجنبى بحصته ابتداء فيصح الاقرار له وأما إذا تصادق الأجنبى والوارث على الشركة فالصحيح ان قول محمد كقول الشيخين (أنظر تكملة ورد المختار).

والمراد بالوارث هنا من قام به وقت الاقرار سبب من أسباب الارث وهي القرابة والزوجية والولاء بنوعيه. ولم يمنع من ميراثه مانع وقت الموت من رق وقتل واختلاف دين أو دار، على ما بين فى محله. هذا هو ضابط المسألة. قال فى تكملة رد المحتار: قال الزيلعى: أعلم أن الاقرار لا يخلو اما أن يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت أو كان وارثا فيهما وان لم يكن وارثا بينهما أو لم يكن وارثا وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت.

فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلا ثم ولد له ذكر صح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت. وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها، أو والى رجلا فأقر له ثم فسخ عقد الموالاة ثم عقدها ثانيا .فلا يجوز الاقرار عند أبى يوسف لأن المقر متهم بالطلاق وفسخ الموالاة ثم العقد ثانيا. وعند محمد يجوز لأن شرط امتناع الاقرار ان يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق.

وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قائما وقت الاقرار بأن أقر لأخيه وله إبن ثم مات الابن قبل الأب لايصح

اقراره، فان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز. وقال زفر لايجوز لأن الاقرار حصل للوارث وقت العقد فصار كما اذا صار وارثا بالنسب. ولنا ان الاقرار حين حصل كان للأجنبى لا للوارث فينفذ ويلزم ولا يبطل بخلاف الهبة لأنها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فيعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا كان وارثا بالنسب: بأن أقر مسلم مريض لأخيه غير المسلم ثم أسلم قبل موته، أو كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لايجوز الاقرار له لأن سبب الارث كان قائما وقت الاقرار.

ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره على قول أبى يوسف أولا لأن اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء. لكنه قال آخرا يجوز وهو قول محمد، لأنه بالموت قبل موت المريض خرج عن أن يكون وارثا.

وكذلك لو أقر الأجنبى ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر.. لأن اقراره كان للأجنبى فيتم به ثم لايبطل بموته أهـ.(٤)

---

(٤) الوارث عند الإمام أحمد هو من كان وارثا بحسب الظاهر وقت الاقرار سواء أكان وارثا بالفعل وقت وفاة المقر أم لا. فلو أقر شخص لأخيه وكان وارثا له بحسب الظاهر وقت الاقرار ثم ولد له ابن ثم مات المقر فورثه ابنه دون أخيه فلا ينفذ الاقرار للأخ بل يتوقف على اجازة الابن. وذلك لأن العبرة عند الإمام أحمد لقيام التهمة وقت الاقرار فقط.

ولاشك أن هذا نظر فى منتهى الجودة.

وعندى أنه يجب الأخذ به لقوته.

المبحث الثانى

إقرار المريض بالوارث

إذا أقر المريض لأجنبي بمال ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه إذا توافرت الشروط .

وإذا ثبت نسبه منه بطل اقراره بالمال لأنه صار اقراراً للوارث.

وهذا بخلاف اقراره للأجنبية ثم تزوجه بها حيث لم يبطل اقراره مع كونها وارثة عند الموت كما تقدم .

ووجه الفرق بين المسألتين أن دعوة النسب تستند إلى وقت الحمل به (أى لها أثر رجعى) فتبين أنه أقر لابنه فبطل الإقرار، وليست الزوجية كذلك لأنها تقتصر على زمان التزوج فكان اقراره لأجنبية فصح.

ولم يفرق زفر بين المسألتين كما تقدم فأبطل الإقرار بالمال فى كل منهما (أنظر الهداية وتكملة).

الفرع الثالث

ديون الصحة وديون المرض

وطريق اثباتهما

ديون الصحة هي: الديون التى شغلت بها ذمة المدين حال صحته سواء كانت ثابتة باقراره أم بالبينة ويلحق بها فى الحكم الديون التى لزمته وهو مريض وكان ثبوتها بالبينة وأما ديون المرض فهي: التي لزمته باقراره وهو مريض ولم يكن طريق لثبوتها غير ذلك.

وديون الصحة وما فى حكمها مقدمة على ديون المرض عند الايفاء، فإذا وفيت ديون الصحة وما ألحق بها وبقى شيء من التركة وفى منه ديون المرض، وإذا لم تف التركة بديون الصحة قسمت بين الدائنين بالحصص وكذلك الحال إذا لم تكن ديون صحة وكانت هناك ديون مرض وضاقت عنها التركة فإنها تقسم بين الدائنين بالحصص ومثلها فى الحكم ما إذا وفيت ديون الصحة ولم يف ما بقى من التركة بديون المرض كلها وهو ظاهر. هذه خلاصة الحكم فى المسألة عند أصحابنا رضى الله عنهم فلو أن رجلاً توفى وعليه ديون صحة مقدارها عشرة آلاف قرش وديون مرض مقدارها خمسة آلاف قرش وترك ثمانية آلاف قرش فقط فالحكم أن أصحاب ديون الصحة يستبدون بالتركة ويأخذ كل واحد منهم من دينه بنسبة ٨٠٠٠ ÷ ١٠٠٠٠ أى أربعة أخماس دينه مع ملاحظة ألا يكون لأحدهم دين ممتاز كما وضحناه فى موضعه فى أوائل المواريث. ولو توفى رجل وعليه ديون صحة مقدارها ثلاثة آلاف قرش وديون مرض مقدارها ألف وترك ثلاثة آلاف وخمسمائة قرش فإن أصحاب ديون الصحة يأخذون ديونهم كاملة ويأخذ كل واحد من أصحاب ديون المرض نصف دينه أى ٥٠٠ ÷ ١٠٠٠ من دينه ولو توفى رجل وليس عليه ديون صحة ولكن عليه ديون مرض مقدارها ستة آلاف قرش وترك عشرة آلاف قرش فإن أصحاب ديون المرض يأخذون ديونهم كاملة لعدم التزاحم ولكفاية التركة لوفاء الديون وهكذا.

وقال الشافعى رضى الله عنه: دين الصحة ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين، ومن شأن العقل والدين أن يمنعا من قاما به عن الكذب فى الأخبار، والإقرار أخبار عن الواجب فى ذمة المقر لا فرق فى ذلك بين اقرار صدر فى حالة الصحة واقرار صدر فى حالة المرض بل المرض تزداد جهة رجحان الصدق لأن المرض سبب التورع عن المعاصى والإنابة عما جرى فى الماضى فالاحتزار عن الكذب فى هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الإقرار فيه أوفر ويكون اقرار المريض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح فى حالة المرض وذلك مساو لتصرفه فى حالة الصحة فكذا ههنا.

أقول أن هذا الدليل سوى بين الإقرار فى حالة الصحة والإقرار فى حالة المرض ولم يتعرض فيه لمساواة الدين اللازم فى المرض بأسباب معلومة غير الإقرار لدين الصحة لأن ذلك مما لانزاع فيه فلا فائدة للتنبيه عليه أصلاً لخروجه عن محل النزاع «أنظر تكملة الفتح» .

ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه ابطال حق الغير كما لو رهن أو أجر شيئاً ثم أقر أنه لغيره فإنه لا ينفذ اقراره فى حق المستأجر والمرتهن لتعلق حقهما به وفى اقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بمالة من حيث الاستيفاء وذلك لأن محل الوجوب إنما يكون الذمة وحدها فى حالة الصحة لقدرة المدين فيها على الكسب والسعى وأما فى حالة المرض فإنه يعجز عن الاكتساب وتحصيل المال فتضعف الذمة عن تحمل الدين فيتعلق الدين بالمال وتصير التركة بالنسبة لديون الصحة بمنزلة الرهن ولأجل هذا التعلق منع المريض من التبرع والمحاباة على التفصيل الذى بيناه أتم بيان فى موضعه من عوارض الأهلية وبيع المريض ووصيته وهبته الخ. وأما النكاح فإنه من حوائج الإنسان الأصلية فإن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية وقد قيدنا النكاح بكونه بمهر المثل وأما اقراره بالزيادة على مهر المثل فهو اقرار باطل، والمبايعة مقيدة بأن تكون بمثل القيمة ولا ضرر فى ذلك على الغرماء لأن حقهم إنما تعلق بالمالية لا بالصورة فأن فاتت الصورة وبقيت المالية

فليس فى ذلك ابطال شىء من حق الدائنين بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعدله وللبدل حكم المبدل. فإن قضيت ديون الصحة وما فى حكمها وفضل شىء من التركة بعد ذلك صرف إلى ما أقر به فى حالة المرض لأن اقراره فى ذاته محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره من أهله فى محله وإنما رد فى حق غرماء الصحة لكونه متهماً فى حق الغير فلا يملك ابطاله. فإذا لم يبق حقهم زال المانع فظهرت صحة الإقرار.

فالمحور الذى تدور عليه المسألة هو المساس بحق الغير - المتعلق بالمال وقت الإقرار - فكلما كان فى الإقرار إبطال حق الغير فهو باطل وإلا فهو صحيح.

(قيل) الإقرار بالوارث فى المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لا يصح بالدين فى المرض إذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما فى ابطال حق الغير، وأجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت. ألا يرى أن شاهدى النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئاً فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالإقرار كذا فى المبسوط والأسرار.

(قيل) لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة أيضاً لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كمامر ومع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع. وأجيب بأن حق الغرماء لم يتعلق بمال المديون فى حال صحته وإنما تعلق بذمته لقدرته على الاكتساب فيتحقق تثمير المال فلم تقع الحاجة إلى تعلق حق الغرماء بماله فيها كما قدمنا ذلك آنفاً.

(قيل) سلمنا ذلك لكن إذا أقر فى المرض ثانياً ينبغى ألا يصح لتعلق حق المقرر له الأول بماله كما لا يصح اقراره فى المرض فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك. وأجيب بأن حالات المرض من أولها إلى آخرها حالة واحدة لأنه حالة الحجر من مبدئه إلى منتهاه بالموت، ولذا يمنع من التبرع على التفصيل الذى بين محله وأما حالتا الصحة والمرض فالأولى منهما حالة اطلاق للتصرف لسلامة الذمة فيها والثانية

منهما حالة حجر عن التصرف لضعف الذمة فيها كما قدمنا. (أنظر الهداية وتكملة الفتح).

وسبب الحاق الديون التى لزمته فى حال مرضه بأسباب معلومة بالديون التى لزمته حال صحته فى الحكم انتفاء التهمة فى ثبوتها إذ المعاين لا مراد له تقدم على المقر به فى المرض. وقد نصوا فى هذا المقام على أن الثبوت إما أن يكون بالبينة أو بعلم القاضى، وقد علمت أن قضاء القاضى بعلمه أصبح قولاً مرجوحاً فانحصر الثبوت فى البينة «أنظر الدر وتكملة رد المحتار».

ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض لأن فى إيثار البعض ابطال حق الباقين وهو لا يصح فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص (١)، وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء إلا إذا قضى فى مرضه ما استقرضه فى مرضه أو نقد فى مرضه ثمن ما اشترى فى مرضه. وقد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة. قال فى تكملة الفتح أو بمعاينة القاضى وقد علمت أنه قول مرجوح (كما قدمنا) فإذا خص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما يسلم المقبوض لهما ولا يشاركهما فى ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء بل إنما حوله من محل إلى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية دون الصورة، والمالية لم تفت بالتحويل (٢).

---

(١) وقال الشافعى المقبوض سالم لـلقابض لأن المريض ناظر نفسه فيما يصنع فربما يقضى دين من يخاف ألا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه فى الآخرة. والتصرف على وجه النظر غير مردود. والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يكن فيه ابطال حق غيرة (تكملة الفتح).

(٢) قال فى تكملة الفتح ما نصه: وفى المبسوط أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته لـلمردود عليه لحق غرماء الصحة؟ لا يمتنع ذلك فكذلك إذا رد بدله لأن حكم البدل حكم المبدل. قال فى النهاية وذكر فى الذخيرة بأوضح من هذا فقال: فإن قضى المريض ديون هؤلاء فهل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر (أى فى المهر والأجرة) لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة فى معنى مال المريض لا فى أعيانه. وهذا لا يكون ابطالاً لحقهم بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل ألا يرى أنه لو باع ماله فى حقوقهم كان له ذلك فأما فى النكاح والاجارة فبقضاء المهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة من عين المال وعن ماليته لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العرض فى حقهم وعدمه بمنزلة ابطالاً لحقهم وليست له ولاية الابطال أهـ.

ولو أقـر المريض بعين فى يده أمـانة أو مضـمونـة لآخر لم يصح إقـراره فى حق غرمـاء الصحة لتـعلق حقـهم بما أقر به ويؤخذ من هذا أن الإقـرار بالعين فى المرض كالإقرار بالدين فيه (أنظر الهداية وتكمـلة الفتح) ولو أقر بدين ثم أقر بوديعة تحاص المقر لهما. ولو كان الأمر بالعكس سلمت الويعة للمقر له. مثال ذلك مريض فى يده ألف درهم وقـد أقر بأن عـليه ألفـاً لزيد ثم أقـر بأن الألف التى فى يده لبكر وديعـة فالحكم فى هذه الحالة أن زيداً وبكراً يقتـسمان الألف. ووجه ذلك أنه لما بدأ بالإقرار الدين لزيد تعلق حق زيد بالألف التى فى يده فإذا أقر أنها وديعة لبكر يريد أن يسقط حق زيد عنهما فلا يصـدق الا انه قد أقر بوديعة تعذر تسليمها بسـبب فعله فصارت كالمستهلكة فـتكون ديناً عليه للمقر له بها وهو بكر فيـساوى الغريم الآخر فى الدين وهو زيد. ولو أقر أولاً بـأن الألف وديعة لبكر ثم أقـر بأن عليه ألفاً لزيـد فبكر أولى بالألف فى هذه الحالة لأنه لما أقر له بها أولاً ملكها بعـينها لأن النقود تتعين إذا كانت وديعة (كما بين فى محله) فإذا أقـر بعد ذلك بدين لم يجز أن يتعلق هذا الإقرار بمال الغيـر. وكالوديعة مال البـضاعة والمضـاربة أو ملخصاً من الدر وتكملة رد المحـتار، أقول والظاهر أن سـائر الأمانات فى ذلك كالـوديعة وأن محل الحكم المتـقدم إذا لم يثبت شىء من الوديعة والدين إلا بإقرار المريض كما لا يخفى.

الفرع الرابع

ابــراء المريض مدينـــه

المريض أما أن يكون مديناً أو غير مدين ومدينه أما أن يكون وارثاً أو أجنبياً، فإذا كان غـير مدين وأبرأ مـدينه الأجنبى فهـو نافذ من الثلث إلا إذا اجـاز الوارث مازاد عليه وإن كان غير مدين وأبرأ مدينه الوارث توقف هذا على اجازة الورثة سواء أكان المبرأ عنه قليلاً أم كثـيراً غير مقيد بالثلث. غيـر انه لو قال لا حق لى عليه صح قوله. قـال فى الأشبـاه: وهى الحيلة فى ابراء المـريض وارثه فى مرض مـوته بخلاف قـوله أبرأتك فإنه يتوقف أهـ. أى على اجازة سـائر الورثة ثم إن كان قوله لا حق لى عليه مخـالفاً للواقع كـان الابراء صحيـحاً من جهـة القضاء فـقط لاعتمـاده على الظاهر وليس صحيحاً ديانة لاستلزامه ايثار بعض الورثة وحرمان البعض.

وإن كان مديناً وأبرأ مدينه الأجنبى اعتبر الابراء وصية فيما يبقى بعد وفاء الدين فيعطى حكم الوصية، فإن كان الدين مسـتغرقاً لم يجز الإبراء لتقدم حق الدائن على الوصية وكذا الحـكم إذا كان مدينه الذى أبرأه وارثاً فإنن أمامه عـقبتين: حق الدائنين فإن سلم منه باجـازتهم البراءة وجد أمامـه حق الورثة ولابد من اجازتهم (انظر الدر وتكملة رد المحتار) وراجع تصرفات المريض.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الوارث لا يعتـبر من طبقة الغـير بالنسبة إلى الاقـرارات الصادرة من المورث، ومن ثم فـإنهـا تسـرى عليـه، غـيـر أن له أن يثـبت بأى طريق من طرق الاثبـات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به. (١)

---

(١) الطعن رقم ١٦٩٤ سنة ٤٩ ق جلسة ٢٨/ /٤/ ١٩٨٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٦ ص ٦٦٨ .

، الطعنين رقما ١ ، ٢ سنة ١٩ ق جلسـة ١٩/ ٤/ ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمـة النقض فى ٢٥ عاماً ص ٣٣ قاعدة ٥٨

الفصل الثانى عشر

تتمة

سماع البينة بعد الإقرار

للمدعى الحق فى طلب سماع بينته بعد إقرار المدعى عليه إذا كان فى سماعها فائدة أخرى له فوق ماأفاده الاقرار. وقد لا يكتفى القاضى باقرار المدعى عليه ومن أمثلة ذلك:

(أ) إذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت فأراد الدائن إقامة البينة ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة كان له ذلك. وكذا إذا أقر جميع الورثة بالدين على الميت تقبل أيضاً بينة الدائن لأنه كما يحتاج إلى اثبات الدين فى حقهم يحتاج أيضاً إلى اثباته فى حق دائن آخر.

(ب) إذا ادعى أنه وكيل فلان بقبض دينه من فلان فصدقه المدين ثم أراد الوكيل اقامة البينة على الوكالة كان له ذلك، إذ لو دفع المدين الدين إلى الوكيل بلا بينة على الوكالة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة، أى لا تبرأ ذمة المدين. فالفائدة من البينة عائدة على المدين، وكذا على الوكيل أيضاً لأنها تثبت أن يده يد أمانة على ماقبضه حتى إذا هلك كان هلاكه هلاك الأمانة (وانظر دعوى الوكالة فى كتاب الدعوى).

(جـ) إذا ادعى انه وصى فلان الميت وأن للميت على هذا الرجل كذا ديناً فصدقه المدعى عليه، فالقاضى لا يثبت وصايته باقرار المدين حتى يقيم البينة عليها لأنه اذا دفع إليه المال اعتماداً على الاقرار وحده لا تبرأ ذمة المدين إذا انكر الوارث. وكذا لو طلب الدين من مدين آخر فأنكر وصايته فلا ينفعه اقرار الأول فى ذلك أما إ ذا دفع المدين الدين إلى الوصى بعد اقامة البرهان على الوصاية فإن ذمته تبرأ، ويكون للوصى بذلك ولاية طلب الدين وقبضه من أى مدين آخر. والوكيل كالوصى فى ذلك.

(د) فى الاستحقـاق تقبل البينة مع اقرار المشترى ليتـمكن من الرجوع على بائعه لأنه إذا اقر بالملك للمستحق لا يتمكن من الرجوع بالثمن على البائع لكن لو أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدية.

(هـ) لو أقر الوارث للمـوصى له تسمع عليه البينة مع اقـراره كى يتعدى الحكم إلى غيره.

(و) أقر المدين المحجور عليه بدين لإنســان آخر لا ينفذ اقراره لكن لو اقام الدائن المقر له بينة على دينه سمعت.

(ز) إذا ادعى عقاراً فى يد غيره ملكاً مطلقـاً وذو اليد مقر بوضع يده فإنه مع هذا يجب على المدعى أن يقـيم البينة عـلى وضع يد المدعى عليه على ذلك العـقار منـعاً للتواطؤ والاحتيال على أخذ أموال الناس بالباطل. انظر دعوى العقار.

والمسائل غير محصورة والضابط هو ماتقدم.

وجهات الفائدة متعددة ومختلفة.

وانظر الأشباه وحواشيها والفتاوى الهندية.

الفصل الثالث عشر

الاقـــرار قـــانوناً

سبق الاشـارة إلى مواد القانون وأحكام القـانون فى خصوص مايتـعلق بالإقرار أثناء الكلام عن أحكامه شرعاً. (١)

وجملة القول فى ذلك:

الاقرار هو اعتراف شخص لآخر بالحق الذى يدعيه، وهو سيد الأدلة فى المسائل المدنية لأنه حجـة قاطعة (٢) على شغل ذمـة المقر بما أقر به. وبـه يرتفع عبء الاثبات عن المدعى.

وقد يكون بقول صريح شفوياً أو كتابياً وقد يكون بطريق الدلالة (٣) كما إذا امتنع المدعى عليـه من تأدية اليمين الحاسـمة التى توجـه إليـه من المدعى، ولم يردها على خصمه فالواقعة المراد الاستحلاف عليها تعتبر صحيحة (المادة ١١٨ إثبات) .

وهذا هو النكول عند فقـهاء الشريعة، انظر ماسـيأتى فى تكييف فقهـاء الشريعة للنكول، وحكمه المبنى على هذا التكييف. كذلك المادة ١١٣ إثبات على أنه إذا امتنع المسئول عن الإجابة على أسئلة مبنية على وقـائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول. أو تخلف عن الحضور لاستجوابه فللمحكمة النظر فيما يحتمله ذلك. أى فلها أن تعتبر ذلك اعتـرافاً منه دلالة بالحق المدعى به. وكذا إذا ادعى شـخص على غيره بواقـعتين فأنكر أحـداهما صراحـة وسكت عن الأخرى جاز للمـحكمة أن تعتـبر سكوته هذا اقراراً دلالة.

---

(١) راجع رسالة الإثبـات لنشأت بك وموجـز الالتزامات للسنهـورى بك وخلاصة محـاضرات الدكتـور بهجت بدوى فى الالتزامات وشرح اللائحة الشرعية للأستاذين أحمد قمحة بك وعبدالفتاح السيد بك.

(٢) يريد راجحة لأن احتمال كذب المقر قائم وكذا خطؤه.

(٣) كتب شروح القانون التى اطلعت عليها تعبر بكلمة «ضمناً» بدل التعبير بكلمة (دلالة) وتعبيرهم هذا غلط.

وقد يـكون الاقرار إما بـنفس الحق المدعى واما بالسـبب الذى أ وجب هذا الحق على المقر ، فكلا الاقرارين صحيحح فا ذا قال المقر أن لفلان فى ذمتى مبلغ كذا صح اقراره، وكذا إذا قال لفلان فى ذمتى مبلغ كذا اقتضرته منه مثلا) «٤».

واشتـرطوا أن يكون المقر عـالما بأن اقراره سيـؤخذ حجـة عليه. لذ لك اشـترطوا أهلية المقر وهو لا يخرج عما قاله فقهاء الشريعة.

تقسيم الاقرار إلى قضائى وغيرقضائى:

وقد قسموا الاقرار الى قضائى وغير قضائى:

فالاقرار القـضائى: هو الذى يقع ممن يملكه أمـام جهة قـضائيـة أثناء الدعوى، والجـهـة القـضـــائيـة تضم القـاضى الـعـام المولى من قـبل ولى الأمـر لـلفـصل فى الخصـومات، والقـاضى الخاص المولى من قـبل الخصـمين وهو الحكم. وهذا القـيد أخرج الاقرار أمـام جهة غير قـضائية كجهـة الادارة والنيابة فهو ليس باقـرار قضائى وكذا الاقرار الذى يقع فى المحـكمة أثناء سير الدعوى لكنه لـيس فى موضوع نفس الدعوى المنظورة للفـصل فيهـا بل جاء عرضـا إما على لسان المدعى تقـوية لدعواه وإما على لسان المدعى عليه تأييـدا لدفعه وإما على لسان الشهود توضيـحا للشهادة.

والاقرار القضائى قد يكون شفويا وقد يكون كتابيا ضمن مذكرة يقدمها الخصم إلى القضاء أو يكون ردا على اسـتجواب، وقد يكون المقر أخرس فـيكتب اقراره بيده أو يقر باشارته المعروفة.

والاقـرر القضـائى حجـة على المقر ملزمـة إياه بما أقـر به على نفسـه أو على من ينوب عنه شرعـاً وقانوناً فى ذلك، ويجب على القـاضى الأخذ به. كذلك هو حـجة

---

(٤) عرف بعضهم الإقرار بأنه اعتراف شخص لآخر بواقعة تكسـبه حقاً مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار .

ثم قال أن الإقرار ينصب على واقعة قانونية تكون مصدراً للحق ولاينصب على الحكم القانرى نفسه .

فلو أقر خصم أن الحكم القانونى الذى ينطبق على قضيته هو حكم معين فإن الإقرار لا يقيد القاضى .

أقول التعبيـر بقوله (أقر) غلط ظاهر ، والصواب أن يقول (أدعى) كذلك لايخفى التناقض الذى بـين هذا التعبير وتعريف الإقرار الذى قاله أولاً . وعلى أن غيره لم يسلم من هذا الكلام المتدافع ولم يكن دقيقاً فى تصوير المعانى .

قاصرة على المقر، أو على من ناب عنه المقر شرعاً وقانوناً فقط كأن المنوب عنه هو الذى أقر بنفسه فلا يتعدى أثر الاقرار إلى غيره. وإذا أراد المدعى تعدية الحكم إلى غير المقر تمم ذلك بدليل آخر مقبول قانوناً.

تجزؤ الاقرار (٥) :

جاء فى المادة ١٠٤ من قانون الإثبات «الإقرار حجة قاطعة على المقر. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا إنصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى».

وقد قسم شراح القانون العبارة المتضمنة لإقرار المقر إلى ثلاثة أقسام:-

الأول: أن يكون الإقرار مطابقاً لدعوى المقر تمام المطابقة وسماه بعضهم اقراراً بسيطاً وبعضهم اقراراً مطلقاً، وكلتا التسميتين غير جيدة والصواب تسميته بالإقرار المطابق أو بالإقرار المساوى للدعوى.

مثاله أن يدعى زيد على بكر الف جنيه ثمن مبيع (مثلا) فيقر بكر على وفق ما ادعاه زيد تماماً وهذا القسم لا مدخل للتجزئة فيه، والأمر فيه ظاهر

الثانى - أن يكون فى الاقرار تعديل لما ادعاه المدعى كأن يدعى زيد على بكر ألف جنيه ثمن بيع وأن الثمن حال فيقر بكر بما ادعاه زيد غير انه يعدل كلام زيد بأن الثمن مؤجل إلى مدة كذا.

وكلام المقر فى هذا النوع من الإقرار لا يتجزأ فاما أن يؤخذ كله وإما أن يترك كله، وهذا هو العدل بغير شك.

ومن أمثلته أن يعترف المدعى عليه بالدين المدعى، ولكنه يقول هو دين قمار أو ربا فاحش. وكذا لو ادعى البائع أن ثمن المبيع مائة جنيه غير مصاريف النقل

---

(٥) هذا تعبير غير جيد إذ نفس الإقرار لا يتجزأ وانما الذى يتجزأ هو كلام المقر فإذا كان فيه ماهو حجة عليه فهذا هو الإقرار وإذا كان فيه ماهو حجة له فهذا دعوى يدعيها المقر. ولعل واضع القانون قد شعر بهذا إذا قال «بمعنى أنه لايؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له» وقد وقعت اللائحة الشرعية الحالية فى هذا التعبير غير الجيد أيضاً. والتعبير الصحيح هو ـ تجزؤ كلام المقر.

فاعترف المشترى بالبيع وبالثمن لكنه قال أن من ضمن هذا المبلغ نفقات النقل. وهذا الإقرار يسمى إقراراً موصوفاً. ولا بأس بتسميته بالاقرار الضمنى فى بعض صوره. وليلاحظ انه يجوز للمدعى اثبات دعواه كاملة بدليل آخر غير ماينتزعه من كلام المدعى عليه.

الثالث ــ أن يتضمن كلام المقر اعترافاً بما يدعيه المدعى ودفعاً له يدعيه لنفسه كلاً أو بعضاً. وقد سماه بعضهم بالإقرار المركب، وبعضهم بالإقرار الجامع. وهذا غلط اذ المركب والجامع هو كلام المقر الذى الإقرار منه. والأولى أن يعبر عن هذا ب «جملة» .

وحكم هذا النوع من الإقرار أن ماادعاه المقر لنفسه إذا كان مرتبطاً بدعوى المدعى ومبنياً عليها بحيث يكون وجوده مرتباً على مايدعيه المدعى كما إذا ادعى زيد على بكر الف قرش (مثلاً) فقال بكر نعم أنا اقترضت هذا المبلغ لكن أديته إليه أو أوفيته منه مبلغ ستمائة قرش (مثلاً) وجب أخذ كلام المقر كله أو تركه كله وعدم تجزئته وعلى المدعى فى هذا الحالة عبء الإثبات فيما يدعيه أما إذا كان ماقاله المقر غير مرتبط بما ادعاه المدعى ولا متوقف وجوده على وجوده فإن كلام المقر يتجزأ فى هذه الحالة. وذلك كما لو أقر بكر بالدين الذى ادعاه عليه زيد لكنه ادعى على زيد ديناً آخر يريد المقاصة بذلك فإنه يؤخذ باقراره وعليه هو عبء الاثبات فيما ادعاه على زيد.

وقد جاء فى كتاب الأستاذ بهجت بدوى انه إذا تبين للقاضى من تضارب الخصم وتناقضه عدم صحة الواقعة الجديدة المدعى بها كما إذا أقر بتسليم المبلغ المدعى وقال انه أوفاه ثم رجع وقال انه تسلم المبلغ على سبيل الهبة فللقاضى أن يعامله باقراره ويجزئ كلامه.

وأنه إذا أثبت المدعى كذب ماادعاه المقر كما إذا أقر المدعى عليه بالدين وادعى الوفاء فنفى المدعى بخطاب صادر من المقر يطلب فيه مهلة للوفاء (مثلاً) فإن هذا الخطاب يعتبر مبدأ دليل بالكتابة لنفى وقوع الوفاء.

والإقرار غير القضائى: هو ماكان خارج مجلس القضاء أو كان فيه ولكنه فى غير الدعوى المنظور فيها، على ماأسلفنا.

وقد يكون هذا الإقرار شفوياً وقد يكون كتابياً فإن كان كتابياً فله قوة إثبات المحررات فيعتبر دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة على حسب الأحوال. وإن كان شفوياً وكان المدعى به مما يجوز إثباته بشهادة الشهود جاز الاحتجاج به وإثباته بالشهادة كما يجوز إثبات نفس الحق المدعى بذلك. ثم قوة إثبات هذا الإقرار الشفوى بعد ثبوت وقوعه متروكة لتقدير القاضى لما يتطرق إليه من الشك والاحتمال.

وفى رسالة الإثبات بعض ملاحظات من المفيد ايرادها هنا قال ماخلاصته.

يرى بعضهم أن أمر تقدير الإقرار غير القضائى متروك للقضاء، وأنه ليس من المحتم على القاضى أن يخضع لقاعدة عدم التجزئة، وأنه يمكن القاضى أن يقبل عدول المقر عن إقراره ولو لم يكن سبب الإقرار خطأ فى الوقائع. ثم قال أنه يرى التفريق بين الإقرار غير القضائى الذى يحصل فى غير مجلس القضاء والذى يحصل فى مجلس القضاء على ماأسلفنا فالثانى يجب أن يخضع للقواعد العامة التى تسرى على التصرفات سواء أكان شفوياً أو كتابياً على مابينا آنفاً. والأول أمر تقديره متروك للقضاء الذى يجب عليه أن يراعى الظروف التى صدر فيها والأغراض التى حصل من أجلها.

وأما من حيث تجزئة الاعتراف غير القضائى فلا يمكن التسليم به لاتحاد العلة التى من أجلها منع القانون تجزؤ الإقرار القضائى. كذلك من الصعب التسليم بقبول عدول المقر عن إقراره إذا لم يكن هناك خطأ فى الوقائع.

وأقول أن آراء نشأت بك فى هذا كلها صحيحة.



الفصل الرابع عشر

نبذة تاريخية

اللائحة الشرعية

رأيت الابقاء على هذا البحث كما جاء في الطبعات السابقة لما إحتواه من فائدة ، ولمن أراد الاستزاده .

أوردت اللائحة الشرعية ست مواد فى الإقرار من المادة (١٢٤) لغاية المادة (١٢٩) (١). وهاك جملة القول فيها:

المادة (١٢٤) يشترط فى صحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه، ولا يشترط شيء من ذلك فى المقر له.

ويقبل إقرار المحجور عليه للسفه فى كل مالاً يعد محجوراً عليه فيه شرعاً كالطلاق نحوه أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة ١٢٥ من لائحة سنة ١٩١٠ وأقول إنى لما وقع نظرى على هذه المادة استنكرت ورودها وورود أمثالها فى اللائحة الشرعية لأن كل احتوته أحكام موضوعية، واللوائح إنما توضع لبيان الإجراءات وأما حكم الموضوع فيكفى له المادة (٢٨٠) مادام لم يوضع إلى الآن قانون موضوعى للأحكام فى المحاكم الشرعية. حتى لقد وقع فى نفسى أن إيراد مثل هذه المادة فى لائحة الإجراءات الشرعية مع وجود المادة ٢٨٠ فيها قد يمس كرامة قضاة الشرع إذ شعرت أن واضع اللائحة يريد أن يعلمهم ما كان ينبغى أن يكونوا على علم به قبل تحملهم هذه الأمانة العظمى، وما كان يخطر ببالى أن قاضيا شرعياً حنفيا يجلس على كرسى القضاء للفصل بين الناس فى منازعاتهم على وفق المذهب الحنفى يفوته معرفة شيء من هذه

---

(١) الغيت المواد من ١٢٤ ـ ١٢٩ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وألغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ واللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

الأحكام التى يقبح كل القبح بمثله أن يجهلها وكيف استحق أن يسمى عالماً حنفياً وهو يجهل ما هو فى أشد الحاجة إلى معرفته لفصل القضاء. فرجعت إلى المذكرة .

الإيضاحية للائحة سنة ١٩١٠ فرأيت فيها ما ضاق به صدرى وحزنت له نفسى، إذ جاء فيها ما نصه بحروفه«لائحة سنة ٩٧ بين فيها بعض أحكام شرعية تتعلق بالآدلة الثلاثة (٢) لكن لم تكن وافية بما يلزم مراعاته فى القضايا، فوضع فى التعديل فى هذا الفصل بعض أحكام أخرى قد تخفى على القضاة ، والعمل بها نافع فى سير القضايا وفى فصل الخصومات، ويؤمل أن يوضع فى المستقبل قانون شرعى جامع لما تفرق فى الكتب من الأحكام النافعة فى ذلك (٣).

فالمادة ١٢٥ من التعديل بين فيها شروط صحة الإقرار شرعاً لأن فيها ما يخفى على بعض القضاة كشرط عدم الحجر فى المقر. وقد توهم بعضهم أيضاً أن هذه الشروط لازمة فى المقر له وأن شروط عدم الحجر لازم أيضاً فى الطلاق ونحوه من التصرفات القولية. وترتب على ذلك صدور الأحكام مخالفة للشرع أهـ بنصه فيا للخجل.

ولكنى أقول إذا كان واضع هذه المادة فى لائحة سنة ١٩١٠ كان له مبرر فى ذلك الزمن فهل لنقلها بنصها فى لائحة سنة ١٩٣١ مبرر أيضاً؟ ثم متى ينتهى وضع المواد التى يكون السبب فى وضعها فى اللائحة لفت نظر قضاة الشرع إلى أحكام المذهب الذى كلفوا بأن يحكموا بأرجح الأقوال فيه، وهم جميعاً واحدا واحدا يحملون شهادة العالمية فى المذهب الحنفى؟.

أما لهذا الأمر من آخر؟

---

(٢) هى الإقرار والبينة (أى الشهادة) والنكول. المادة (١٢٤) من لائحة سنة ١٩١٠ وقد تعدلت فى اللائحة الشرعية فى المادة (١٢٣) فجاء نصها هكذا «الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة» أهـ.

(٣) وقد بدت الآن بوادر تحقيق هذا الأمل من سنة ١٩٣٧ وقد تم الآن قانون المواريث و قانون الوصية، وقانون الوقف وبعده قانون الأحوال الشخصية. نسأل الله تعالى أن يعين على إتمام هذا العمل النافع، إن شاء الله.

هذا ـ وانظر ما تقدم فى شروط المقر والمقر له فى أوائل الإقرار. وانظر كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض السفه، وانظر كتابنا الأحوال الشخصية فى الحجر.

المادة (١٢٥) يصح الإقرار وأن اختلف المقر والمقر له فى سبب المقر به أهـ.

هذه هى المادة ١٢٦ من اللائحة السابقة وقد تقدم شرحها فراجعه .

المادة (١٢٦) لا يتجزأ الإقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء فلا يؤخذ منه الضاربة، ويترك الصالح له، بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر إنكاراً للدعوى، وذلك ما لم يكن للمدعى دليل على دعواة ولا للمدعى عليه دليل على ما صدر منه أهـ

هذه المادة جديدة. وارجع إلى حكم تجزؤ كلام المقر شرعاً وقانوناً وجاء فى المذكرة الإيضاحية للائحة الحالية ما نصه:

زيد فى هذا الباب مادة جديدة تقرر مبدأ جرى عليه القضاء الأهلى ونص عليه فقهاء الحنابلة وأيده العلامة ابن القيم فى «أعلام الموقعين» ولم يكن معمولاً به عند الحنفية وهو عدم تجزؤ الإقرار. وبيانه أن من ادعى على آخر مبلغاً من المال (مثلاً) فاعترف المدعى عليه بأنه كان فى ذمته ولكنه أوفاه إياه ولم يكن لأحد منهما دليل على ما صدر منه كانت نتيجة الكلامين ادعاء الأول شغل ذمة الثانى بالمبلغ وقت الخصومة، وإنكار الآخر ذلك و قت الخصومة أيضاً فيعتبر منكراً للدعوى، والقول قول المنكر بيمينه.

أما إذا قال المدعى عليه أن المبلغ كان فى ذمته ولكنه أوفاه ثلثه فالحكم كذلك فيما يختص بالثلث لأن الإنكار مقصوراً عليه، ويعتبر مقراً ببقاء الثلثين فى ذمته.

وأما إذا كان هناك دليل لهما أو لأحدهما فتكون العبرة بهذا الدليل لا يقول كل منهما ويسار فى الدعوى طبقاً للمنهج الشرعى أهـ.

المادة (١٢٧) إذا ادعى المقر أنه كاذب فى إقراره لا يقبل منه ويعامل بإقراره إلا إذا قدم دليلاً كتابياً لا شبهة فيه أهـ.

هذه المادة هى المادة ١٢٧ من اللائحة السابقة وقد زيد عليها الاستثناء الأخير

وهى زيادة فى محلها. وقد تقدم شرح هذه المادة.

المادة (١٢٨) إقرار الأخـرس يكون بإشارته المعهـودة، ولا يعتبر إقـراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة أهـ.

هذه المادة هى نفس المادة (١٢٨) من اللائحة السابقة، وقد تقدم شرح هذه المادة.

المادة (١٢٩) لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ولا الشهادة به إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء، أو كان مكتوباً وعليه إمضاء المقر أو ختمه، أو وجدت كتابة تدل على صحته أهـ.

أنظر ما تقدم

فيما ذكر هناك الكفاية.

الباب الخامس

اليمين

معنى اليمين

أقسام اليمين

متى توجه اليمين .. وإلى من .. ومن الذى يوجهها

كيفية عرض اليمين

النكول عن اليمين

إفتداء المنكر يمينه والمصالحة عنها

رد اليمين

ما يحلف به وكيف يستحلف

ما يحلف عليه

مسائل عن المراجع الشرعية

القضاء بشاهد ويمين المدعى

أحكام اليمين قانوناً مقارنة بالشريعة الإسلامية

نبذة تاريخية .. اليمين فى اللائحة الشرعية

الفصل الأول

معنى اليمين وأقسامها

الفرع الأول

معنى اليمين

معنى اليمين القوة :

ثم أطلقت على الجارحة والحلف: فسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة فى قوتها على الأخرى.

وسمى الحلف بالله تعالى يميناً لأنه يتقوى به أحد طرفى الخبر وهو الصدق اليمين فى كلام العرب على وجوه، يقال لليد اليمنى يمين.

واليمين القوة والقدرة ومنه قول الشماخ:

رأيت عرابة الأوسى يسمو ... إلى الخيرات منقطع القرين

إذا ما راية رفعت لمجد ... تلقاها عرابة باليمين

أى بالقوة. وفى التنزيل العزيز «لأخذنا منه باليمين» قال الزجاج: أى بالقوة وقيل باليد اليمنى. وقوله «تلقاها عرابة باليمين» قيل أراد باليد اليمين وقيل أراد بالقوة والحق أهـ وفى الحديث «الحجر الأسود يمين الله فى الأرض» قال ابن الأثير هذا كلام تمثيل وتخييل، وأصله أن الملك إذا صافح رجلاً قبل الرجل يده، فكأن الحجر الأسود بمنزلة اليمين للملك حيث يستلم ويلثم أهـ واليمين الحلف والقسم، والجمع أيمن وأيمان. وفى الحديث «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» أى يجب عليك أن تحلف له على ما يصدقك به إذا حلفت له. قال الجوهرى سميت اليمين بذلك لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرىء منهم بيمينه على يمين صاحبه أهـ.

وقال بعضهم قيل للحلف يمين باسم يمين ا ليد، وكانوا يبسطون أيمانهم إذا حلفوا وتحالفوا وتعاقدوا وتبايعوا. وروى عن ابن عباس أن يميناً من أسماء الله تعالى فإذا

يكون الحلف به حلفاً بالله. وقال أبو عبيدة: وكان العرب يحلفون باليمين يقولون يمين الله لا أفعل وأنشد لامرىء القيس:

فقلت يمين الله أبرح قاعداً ولو قطعوا رأسى لديك وأوصالى

أراد لا أبرح بحذف لا وهو يريده ثم تجمع اليمين على أيمن كما قال زهير:

فتجمع أيمن منا ومنكم بمقسمة تمور بها الدماء

ثم يحلفون بأيمن الله فيقولون، وأيمن الله لأفعلن كذا. وعلى هذا فهمزة أيمن همزة قطع. وقد حكى ذلك الجوهرى عن ابن كيسان وابن درستويه

وأقول: حكى فى كتاب أيمان العرب فى الجاهلية (طبع المطبعة السلفية) إن فريقاً من العرب كانوا يقسمون بالله تعالى، والقسم به عندهم أعظم الأيمان ولذا قال النابغة من قصيدته المشهورة التى يعتذر فيها إلى النعمان بن المنذر عن مدحة لآل غسان:

حلفت لم أترك لنفسك ريبة وليس وراء الله للمرء مذهب

قال فى اللسان: قال الجوهرى: وأيمن اسم وضع للقسم هكذا بضم الميم والنون والفه ألف وصل عند أكثر النحويين، ولم يجىء فى الأسماء ألف وصل مفتوحة غيرها، وقد تدخل عليه اللام لتأكيد الابتداء، تقول ليمن الله فتذهب الألف فى الوصل. قال نصيب:

فقال فريق القوم لما نشدتهم نعم وفريق ليمن الله ما ندرى

وهو مرفوع بالابتداء وخبره محذوف والتقدير: ليمن الله قسمى، وليمن الله ما أقسم به. وإذا خاطبت قلت ليمنك. وفى حديث عروة بن الزبير أنه قال: «ليمنك لئن كنت ابتليت، لقد عافيت، ولئن كنت سلبت، لقد أبقيت» وربما حذفوا منه النون فقالوا: أيم الله بفتح الهمزة وقد يكسرونها. وربما حذفوا منه الياء فقالوا: أم الله: وربما أبقوا الميم وحدها مضمومة أو مكسورة فيقولون م الله. وربما قالوا: من الله بضم الميم والنون وبفتحهما وبكسرهما ومن العرب من يقول ليم الله ومنهم من يقول هيم الله ..إلخ.

وقد كانت اليمين من مقاطع الحق عند العرب.

وبقيت كذلك بعد مجيء الإسلام علي ما ستعرف.

مقطع الحق ما يقطع به الباطل، وهو أيضاً موضع التقاء الحكم، وقيل هو حيث يفصل بين الخصوم بنص الحكم. قال زهير:

فإن الحق مقطعه ثلاث ... يمين أو نفار أو جلاء

أى أن ما يفصل به بين الخصوم هو واحد مما ذكر فأما اليمين فقد تقدم معناها. وأما النفار فهو مصدر نافر ينافر منافرة ونفاراً أى حاكم. قال فى اللسان: قال أبو عبيد: المنافرة أن يفتخر الرجلان كل واحد منهما على صاحبه ثم يحكما بينهما رجلاً كفعل علقمة بن علاثة مع عامر بن طفيل حيث تنافرا إلى هرم بن قطبة الفزارى. وفيهما يقول الأعشى يمدح عامر بن طفيل ويحمل على علقمة بن علاثة:

قد قلت شعرى فمضى فيكما ... واعترف المنفور للنافر

والمنفور المغلوب والنافر الغالب وقد نافره ينفره نفرا (من باب نصر وقيل ومن باب ضرب أيضاً) إذا غلبه فى المنفارة. ونفر الحاكم أحدهما على الآخر تنفيرا وأنفره إنفاراً أى قضى عليه بالغلبة وإنما سميت منفارة لأنها أول ما استعملت كان كل من المتنافرين يسأل الحاكم: أينا أعز نفراً؟ ثم توسعوا فيها حتى أطلقوها على مطلق المحاكمة فقالوا نافرة منافرة ونفاراً إذا حاكمه. واستعمل منه النفورة بمعنى الحكومة وكتب الأدب مملوءة بمنافرات العرب ..

ومن قصيدة الأعشى فى منافرة علقمة وعامر قوله:

قد حكموه فقضى بينهم ... أبلج مثل القمر الباهر

لا يأخذ الرشوة فى حكمه ... ولا يبالى غبن الخاسر

وأولها:

شاقك من قيلة أطلالها ... بالشط فالجزع إلى حاجز

لو أسندت ميتاً إلى صدرها ... عاش ولم ينقل إلى قابر

حتى يقول الناس مما رأوا ... يا عجبا للميت الناشر

وأما الجلاء فقد ضبطه فى القاموس واللسان بفتح الجيم ومعناه فى الأصل الأمر البين الواضح. وفسره فى اللسان فى بيت زهير بالبينة والشهود و الإقرار ولكن نقل فى هامشه عن الصغانى وحكى مثله في التاج أنه بالكسر من المجالاة وهى المجاهرة بالأمر. وتقول تجالينا أي انكشف حال كل واحد منا لصاحبه وجزم الصفانى بأن الرواية بالكسر لاغير. وقد نقلوا عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يعجب من حسن التقسيم فى بيت زهير ويردده من التعجب. وحكوا عنه أنه قال: لو أدركته لوليته القضاء لمعرفته بما تشبت به الحقوق (أنظر أيمان العرب) وفيه قالوا «يمين جلواء، وحلفة جلواء» أى بنجلى بها الحق وينكشف. وأنشد:

لكل أمر واقع أحناء ... شهادة أو حلقة جلواء

به تقوم الأرض والسماء ... وكل شيء غير ذا عداء

وأحناء الأمر أراد به أركانه، أخذ من أحناء الرحل، الواحد حنو والعداء الظلم، والمعنى أن كل شيء مرتفع فيه تنازع فهذه سبيله.

الفرع الثانى

أقسام اليمين

اليمين تنقسم ثلاثة أقسام:

لأنها إما على الماضى أو على الحال أو الآتى.

فأما اليمين على الآتى فهو اليمين المنعقدة وهى عقد يقوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك، وهذه اليمين لا محل لها هنا.

أما اليمين على الماضى كقولك: والله ما بعتك أو على الحال كقولك: والله ما بيننا بيع قائم الآن فهى المقصودة هنا. وهى التى يتقوى بها جانب الصدق فيما يزعمه الحالف. ثم إن كان الحالف قد حلف كذباً عمداً فهى الغموس التى تغمس صاحبها فى الإثم ثم فى النار. ولا كفارة فيها لأنها كبيرة محضة وفى ذلك خلاف الشافعى رضى الله عنه (أنظر كتاب الإيمان) (١) وإن كان قد حلف ظاناً أنه صادق فيما حلف عليه ـ ولم يكن فى الواقع صادقاً ـ فهذه يمين لغو لا يؤاخذه الله عليها. قال الله تعالى «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم» وقد فسر محمد رحمه الله الآية الكريمة بما ذكر وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما، وإنما الكفارة فى اليمين المنعقدة فقط جزاء الحنث على ما هو مبين فى موضعه.

---

(١) ويعاقب الحالف كذباً فى القانون وأقول لا مانع شرعاً من تعزير الحالف كذباً رجوعاً إلى القواعد العامة للتعزيرات (انظر مقالتنا فى أحكام المرأة فى مبحث التعزيرات).

الفصل الثانى

متي توجه اليمين. والي من توجه ومن الذى يوجهها

الفرع الاول

متى توجه اليمن

ذكرنا في حكم الدعوي ما خلاصته: ان القاضي يسأل المدعي عليه بعد تمام دعوي المدعي عما قاله، فان أقر ألزمه بما أقر به وان أنكر سأل المدعي البينة فان عجز حلف المدعي عليه بطلب المدعي «(1)»، فان حلف بقي المدعي في يده ومنع المدعي من التعرض له، ويسمي هذا قضاء ترك وان نكل قضي عليه بما ادعاه المدعي قضاء استحقاق كما لو ثبت بالاقرار أو البينة واليمين آخر سهم في كنانة الاثبات.

اذا تقرر هذا فاعلم أن المدعي اذا قال لي بينة علي دعواى فاما أن تكون بينته حاضرة بمجلس القاضي أو حاضرة بالمصر الذي فيه القاضي أو غائبة عنه فان كانت البينة غائبة عن المصر وطلب المدعي يمين المدعي عليه أجابه القاضي الي طلبه اتفاقا تيسيراً عليه وعلي خصمه في رفع المؤونة والانتظار. وان كانت البينة حاضرة بمجلس القاضي وطلب يمين خصمه لا يجيبه القاضي الي طلبه بالاتفاق لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضور البينة وان كانت البينة حاضرة بالمصر وطلب يمين خصمه فعلي قول أبي حنيفة لا يجيبه القاضي الي طلبه بل يكلفه احضار البينة وعلي قول ابي يوسف يجيبه الي طلبه ولا يكلفه احضار البينة. ومحمد مع ابي يوسف علي رواية الخصاف، ومع أبي حنيفه علي رواية الطحاوي كما في الهداية.

استدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام (البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر ومعلوم أن كلمة (علي) تفيد الوجوب فالمنكر مستحق عليه اليمين

---

(1) مادة ١٣٦ مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية

«لا يعتبر الحلف والنكول الا اذا كان أمام المحكمة».

والمستحق لها هو المدعي، فاليمين اذا حق للمدعي علي المدعي عليه. وأظهر من هذا قوله عليه الصلاة و السلام (لك يمينه) حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص. واستدل أبو حنيفة بقوله صلي الله عليه وسلم للمدعي (ألك بينه؟) قال: لا فقال: (لك يمينه) فقد ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة: وهذا يدل علي أن ثبوت حق المدعي في اليمين مرتب علي عجزه عن اقامة البينة. واذا كانت البينة حاضرة بالمصر فكأنها كالحاضرة بمجلس القاضي بجامع القدرة علي اقامتها في كل أهـ.

قال قاضي زاده: أقول: لأبي يوسف رحمه الله تعالي : أن يفرق بين الصورتين بأن يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو تقصير المسافة والمؤونة عليه باقرار المدعي عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل الي حقه في الحال فكان له حق اليمين، بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض أعني قصر المسافة والمؤونة عليه والتوصل الي حقه في الحال يحصل باقامة البينة فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف حينئذ أهـ.

وانما صارت اليمين حقا للمدعي لأن المنكر قصد اتواء حقه علي زعمه بالإنكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم المدعي، وهذا أعظم من اتواء المال. فان كان الحالف صادقا حصل له الثواب بذكر اسم الله تعالي علي وجه التعظيم (انظر التبيين).

واذا حلف القاضي المدعي عليه بطلب المدعي فحلف فالمدعي لا يزال علي دعواه ولا يبطل حقه بيمين المدعي عليه(٢) الا أنه ليس له أن يخاصمه بعد ذلك ما لم يقم البينة علي وفق دعواه فان وجد بينة أقامها وقضي له بها.

غير أن المدعي اذا كان قد حصر شهوده أو قال لا بينة لي فعلي قول أبي حنيفة لا

---

(٢) ويقضي القانون بمنع تعرض المدعي للمدعي عليه بعد حلفه اليمين ويسمي هذا قضاء ترك.

تقبل منه البينة بعد ذلك للتناقض الظاهر وعلي قول محمد يجاب إلي طلبه وتسمع بينته لأنه ربما كان له بينة في الواقع ولم يعرفها ثم عرفها أو نسيها ثم تذكر. ومذهب محمد هو الظاهر من الوجهة النظرية وعلي المتون، غير أن في العمل بقول أبي حنيفة اقفالا لباب كبير من أبواب التزوير فكان هو الأرجح من الوجهة العملية وهو المختار في المجلة، أنظر المادة (١٧٥٣)، وفي اللائحة أنظر المادة (١٩١) (٣) غير أنه استثني في اللائحة شهادة الحسبة لانها من حقوق الله، وقد قدمنا ذلك فارجع إليه.

وكان بعض القضاة من السلف لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون قد ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما يترجح صدق المدعي بالبينة حتي لا يعتبر يمين المنكر معها.

قال علماؤنا: ان هذا القول مهجور(٤) غير مأخوذ به. وقد قبل عمر رضي الله عنه البينة من المدعي بعد يمين المنكر. وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة (أي التي تقام بعدها). وهل يظهر كذب المنكر اذا أقيمت عليه البينة بعد حلفه فيكون حانثا؟ قال أبو يوسف نعم، وقال محمد لا. والصواب قول محمد لأنه لم يقم دليل على كذبه بيقين.

لكن القانون المدنى أخذ بهذا القول المهجور(٥) فى المادة (٢٢٤) ونصها: يجوز لكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع وفى هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردها على الطالب.

---

(٣) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(٤) أنظر رد ابن حزم هذا في أثناء كلامه في النكول، مجلد تاسع ابتداء من ص ٣٧٢.

(٥) مادة ١١٤ اثبات «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر.. ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه..»

- مادة ١٣٩ مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية «إذا عجز المدعى عن اثبات دعواه وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول».

وقال فى رسالة الاثبات: اليـمين الحاسمة هى التى يوجهها الخـصم لخصمه عند عجزه عن الاثبات لحقه حسما للنزاع فهى تحسم النزاع بمعنى أن الخصم الموجهة إلية إذا حلفـها حكـم له وإذا نكل عنهم حكم عليـه ولا ترد مـرة أخرى وجـاء فى المادة (٢٢٥) منه ما نصه (التكليف باليـمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فـيما عداها من جميع أوجه الثبوت)

وهذه اليمين قريبـة من عقد التحكيم لأن من يوجهها من الخصـمين إلى صاحبه يحكم ذمة خصمه فى النزاع، ويصح أن يقال انها تتضمن التنازل عن الحق المدعى به وهذا التنازل معلق على شـرط هو تأديتها. غير أن من توجـهت إليه له أن يردها على خصمـه فيصبح هو المتنازل وتنازله يكون مـعلقا على شرط تأديتها ممن وجـهها أولا وهى لا توجه إلا من الخصم لخصمه فلا يصح توجيهها من القاضى.

وقد ذكرنا ما فيه الكفاية فيما يتعلق بتحليف الصبى المميز فى كتاب الدعوى.

وقد عقدنا فصلا خاص لليمـين المردودة. وفصلا آخر فى القضاء بشاهد ويمين. وجعلناهما فى آخر الكلام فى اليمين.

الفرع الثانى

إلى من توجه اليمين

الذى توجه إليه اليمن عند أصحابنا رحمهم الله هو المدعى عليه، وسيأتى بسط هذه المسألة فى فصل القضاء بالشاهد ويمين المدعى.

غير أنا نورد هنا ما يقتضيه المقام فنقول: روى البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى - صلى الله عليه وسلم- قضى باليمين على المدعى عليه وروى أحمد ومسلم أن النبى - صلى الله عليه وسلم- قال: لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على من أنكر. وأخرج البيهقى هذا الحديث باسناد صحيح بلفظ: البينة على المدعى واليمين على من أنكر وروى مسلم والترمذى عن وائل بن حجر: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبى - صلى الله عليه وسلم- فقال الحضرمى: يا رسول الله ان هذا قد غلبنى على أرض كانت لأبى، فقال الكندى هى أرضى فى يدى أزرعها ليس له فيها حق. فقال - صلى الله عليه وسلم- للحضرمى: ألك بينة؟ قال لا. قال فلك يمينه. فقال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شئ، قال ليس لك منه إلا ذلك. فانطلق ليحلف فقال رسول الله- صلى الله عليه وسلم- لما أدبر الرجل: أما لئن حلف ما ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض أهـ. فهذه الأحاديث وما فى معناها تدل على أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه (١).

وقد ذهب إلى ذلك الجمهور وحملوا ما ورد فى ذلك على عمومه فى حق كل أحد سواء أكان بين المدعى والمدعى عليه إختلاط فى المعاملة أم لا. واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه اختلاط فى المعاملة لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مرارا. (وتفصيلات مذهب مالك مبينة بيانا وافيا فى

(١) مادة ١١٤ اثبات «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر».

تبصرة ابن فرحون) وقد ذكر خلاصتها فى الطرق الحكمية وقريب من مذهب مالك قول الاصطخرى من الشافعية: إن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعى لم يلتفت إليه. أقول وقد أوردنا ما يوافق ذلك فى دعوى المستحيل العادى فى فى شروط الدعوى (أنظر الفواكه البدرية).

والحكمة فى جعل البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه أن جانب المدعى ضعيف لأنه يقول بخلاف الظاهر فكلف الحجة القوية وهى البينة لأنها لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضرراً فيترجح جانب صدقها لارتفاع التهمة ويقوى بها ضعف المدعى. وأما جانب المدعى عليه فهو قوى لأن الأصل فراغ ذمته وبراءتها مما يدعيه المدعى. واليد دليل الملك ظاهرا فلذلك اكتفى منه باليمين وهى حجة ضعيفة لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك فى غاية الحكمة (أنظر نيل الأوطار).

غير أن للقاضى من تلقاء نفسه أن يحلق المدعى فى المسائل الآتية، تتميما لدليله:

(الأولى) إذا أدعى أحد حقا فى تركة وأثبته بالبينة فلأجل الاحتياط يحلفه القاضى على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبرأه ولا أحاله على غيره ولا استوفاه من طرف أحد نيابة عن المتوفى، وليس للميت فى مقابلة هذا الحق رهن عند المدعى ويقال لهذه اليمين يمين الاستظهار وهى حق للتركة لا للوارث بخصوصه حتى لو أبى الوارث أو الوصى تحليف الدائن لا يجاب إلى طلبه، إذ ربما يكون هناك غريم آخر أو موصى له، فلأجل الإحتياط يستظهر القاضى الأمر بهذه اليمين. وهى لابد منها باتفاق من الامام وصاحبيه. وأما المسائل الأربع الآتية فالاستحلاف فيها على قول أبى يوسف. وقد استوفى القول فى هذه المسألة فى تنقيح الحامدية وتكملة رد المحتار. وانظر المادة (١٧٤٦) من المجلة وشرحها.

(الثانية) إذا ادعى أحد استحقاق مال وأثبت دعواه بالبينة حلفه الحاكم على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه.

(الثالثة) إذا أراد المشترى رد المبيع بسبب العيب حلفه الحاكم على أنه لم يرض بالعيب صراحة ولا دلالة.

(الرابعة) تحليف الحاكم الشفيع على أنه لم يبطل شفعته بوجه من الوجوه.

(الخامسة) إذا طلبت المرأة فرض نفقة على زوجها الغائب تستحلف بالله على أنه لم يطلقها ولم يترك لها نفقة ولم تكن ناشزة (أنظر نفقه زوجة الغائب).

وثم يمين قانونية قضائية تسمى باليمين المتممة. وهى التى يوجهها القاضى إلى أحد الخصمين تتميما للأدلة المقدمة إليه.

والمسائل الخمس المتقدمة تعتبر اليمين فيها من نوع هذه اليمين لأن الذى بواجهها هو القاضى ولأنها تقوى جانب الدعوى فيصح أن تسمى يمينا متممة أيضا وتسميتها يمين إستظهار من أحسن التسميات كما لا يخفى.

ويظهر أن اليمين المتممة فى القانون ليست مقيدة بمسائل معينة، بخلاف يمين الإستظهار فى المسألة الأولى والمسائل الأربع التى بعدها لكن عند تدقيق النظر يرى أنه لا معنى لحصرها فى مسائل معينة بل كلما وجد المعنى الذى من أجله توجه اليمين فى هذه المسائل فى مواضع أخرى كان للقاضى توجيهها لوجود المقتضى لها، ويلوح لى أن الأمر فى ذلك بين لا يخفى وسيأتى تمام الكلام فى هذه المسألة فى موضعه(٢).

(٢) مادة ١١٩ إثبات «للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به . ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وألا تكون خالية من أى دليل »

الفرع الثالث
من الذى يوجه اليمين

الدعوى أما أن تكون من حقوق العباد وأما أن تكون من حقوق الله (أى دعوى حسبة).

فإن كانت من حقوق الله فالذى يوجه اليمين فيها إلى المدعى عليه هو القاضى محافظة على حق الله تعالى ولو لم يطلب المدعى ذلك منه. (أنظر المبسوط فى كتاب التحرى ولسان الحكام والفتاوى الهندية فى اليمين والمادة ٢٠٣ من اللائحة) (١) ويظهر ذلك فى دعوى الطلاق والعتق وأشباه ذلك (راجع دعوى الحسبة).

وإن كانت من حقوق العباد فالقاضى أيضا هو الذى يوجه اليمين إلى المدعى عليه لكن بشرط طلب المدعى ذلك منه، فإن حلفه القاضى من تلقاء نفسه أو حلفه المدعى بدون توجيه اليمين من القاضى فالأحكام التى تبنى على ذلك باطلة، (أنظر المادة ١٧٤٧ من المجلة وشرحها). ويجوز لمن ينوب عن صاحب الحق بوكالة أو وصاية أو ولاية توجيه اليمين بواسطة الحاكم إلى المدعى عليه، ولكن لا يجوز لواحد من هؤلاء أن يحلف بالنيابة عمن يقوم مقامه، إذ القاعدة هى أن النيابة تجرى فى الاستحلاف ولا تجرى فى الحلف ووجهه ظاهر (٢) وانظر المادة (١٧٤٥) من المجلة وشرحها وعلى ذلك إذا وجهت اليمين من المدعى إلى أحد هؤلاء فحلف فلا يترتب على حلفه أو نكوله حكم.

والواجب فى هذه الحالة تحليف ذى الشأن الأصلى متى كان أهلاً لأداء اليمين

---

(١) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(٢) تنص المادة ١١٥ فقرة ٣ من قانون الإثبات «ويجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه».

– تنص المادة ١٣٤ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية «تجوز النيابة فى التحليف ولكن لا تجوز فى اليمين».

وإلا كانت الحجة بالنسبة له قاصرة على بينة المدعى لكن يجوز لكل واحد من هؤلاء أن يحلف على فعل نفسه من عقد أو تصرف باشره.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن طلب توجيه اليمين الحاسمة هو احتكام لضمير الخصم لحسم النزاع كله أو فى شق منه، عندما يعوز من وجهه الدليل لإثبات دعواه، فإن حلفها من وجهت إليه فقد أثبت انكاره لصحة الادعاء، ويتعين رفضه، وإن نكل، كان ذلك بمثابة إقرار ضمنى بصحة الادعاء، ووجب الحكم عليه بمقتضى هذا الاقرار، ولا يغير من ذلك أن يكون طلب توجيه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط، بعد العمل بقانون المرافعات الحالى وقانون الإثبات، اللذين أقرا ضمنا الرأى الراجح فى الفقه والقضاء بجواز توجيهها على سبيل الاحتياط، إذ يتعذر على الخصم أن يتعرف على رأى المحكمة فى الأدلة التى ساقها - خاصة إذا ما كان النزاع مطروحا على محكمة الاستئناف أو أمام محكمة أول درجة فى الأنزعة التى تفصل فيها بصفة انتهائية - إلا بعد الحكم فى النزاع، فيصبح الباب موصداً دونه لإبداء طلبه توجيه اليمين الحاسمة إذا رفضت المحكمة الأدلة الأخرى التى تمسك بها، بصدور حكم نهائى فى النزاع، ومن ثم فلا مفر إلا أن يتمسك الخصم باليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط أثناء نظر الدعوى، قبل كل دفاع أو بعده، وهو ما يتعين معه على المحكمة أن تقول كلمتها فى الأدلة التى يستند إليها الخصم المتمسك بتوجيه اليمين أولاً، فإذا ما انتهت إلى أنها غير كافية لتكوين عقيدتها بأسباب سائغة، أجابته إلى طلبه بتوجيه اليمين، باعتبار أن توجيهه - فى هذه الحالة - معلق على شرط هو عدم اقتناع المحكمة بما ساقه من أدلة، والقول بغير هذا فيه إهدار للعلة من إباحة المشرع طلب توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط(١) .

---

(١) الطعن رقم ١٩٧٩ سنة ٧١ق جلسة ١٢/٦/ ٢٠٠٢

- اليميـن الحاسمة يجب أن توجـه فى الواقعة التى ينحسم بهـا النزاع ولا يجوز توجيهها إذا كانت تنصب على مجرد دليل فى الدعوى (٢).

- جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضى وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهـها متى توافرت شـروطها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف فى طلبه. (٣)

- إقامـة المطعون ضـدها الدليل على صـحة دعـواها. مؤداه عـدم جواز توجـيه اليمين إليها.(٤)

- لا تثريب على مـحكمة الاستئناف إذا مـا إلتفتت عن طلب إجراء التـحقيق من جديد طالما وجدت فى أوراق الدعـوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عـقيدتها وكان لا يـجوز لهـا توجيـه اليميـن للمطعون ضـدها بعد أن أقـامت الدليل على صحة دعواها. (٤)

- إقامة المدعى البينة على دعـواه. طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق فى دعواه. غير مقبول. علة ذلك. البينة على من أدعى واليمين على من أنكر. (٥)

- لا توجه اليمـين الحاسمة إلا إلى الخصم الآخـر الذى له حق المطالبة بالاثبات ويجب أن تتوافر فى هذا الخصم أهلية الـتصرف فى الحق الذى توجه إليه وأن يملك التصرف فى هذا الحق وقت حلف اليمين(٦)

---

(٢) الطعن رقم ٥١٩ سنة ٤٢ ق - جلسة ٩/ ٣/ ١٩٨٢.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦١٨ قاعدة ١٦٧٧.

(٣) طعن رقم ٩٢ سنة ١٥ ق جلسة ٣٠/ ٥/ ١٩٤٦.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦١٩ قاعدة ١٦٧٩ - ١٦٨٢.

(٤) (الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٦ق «أحوال شخصية» - جلسة ٦/ ١/ ٢٠٠١)

(٥) (الطعن رقم ١٢٠لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٥/ ١٢/ ١٩٩٨)

(٦) (الطعن رقم ٢٨٤ سنة ٣٤ق جلسة ٧/ ١٢/ ١٩٦٧)

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٦١٦ قاعدة ١٦٧٣٥.

- للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة لورثة عن واقعة شخصية للمورث وعلمها عنده هو لا عند الورثة (٧).

- حجية اليمين الحاسمة قاصرة على من وجهها ومن وجهت إليه ولا يتعدى أثرها إلى غيرهما من الخصوم(٨).

- لايجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التى يحلفها الوصى فى حق القاصر إذ إن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التى لا يجوز له مباشرتها (٩)

- اليمين وسيلة اثبات فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عند الانكار فإذا أقر الخصم بالجلسة.. فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم عن الواقعة التى أقر بها.(١٠)

- اليمين التى يواجهها الخصم للوارث أو يردها عليه عن تصرف لمورثه ، تعلقها بعدم علم الوارث بالتصرف دون تجاوزها إلى واقعة شخصية للوارث ، حسم اليمين للنزاع شرطه تعلق موضوعها بواقعة شخصية م ١١٥ إثبات ، توجيه اليمين إلى الغير لا أثر له فى حسم النزاع .(١١)

- إن كانت اليمين الحاسمة ملك للخصم إلا أن على القاضى أن يمتنع عن توجيهها إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها ومن صور التعسف ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى تعليقاً على نص المادة ٤١٠ منه المقابل

---

(٧) الطعن رقم ١٠٣ سنة ١٣ق جلسة ١/ ٦/ ١٩٤٤.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ٦٢٠ قاعدة ١٦٨٣، ص ٦٢٢ قاعدة ١٦٩١.

(٨،٩) (طعن رقم ٤٢٣ سنة ٢٦ق جلسة ١٢/ ٤/ ١٩٦٢).

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٢٣ - ٦٢٥ قاعدة ١٦٩٤ - ١٧٠٢.

(١٠) الطعن ٤٢٣ سنة ٢٦ق جلسة ١٢/ ٤/ ١٩٦٢.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦١٦ قاعدة ١٦٧١.

(١١) الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٦/ ١/ ٢٠٠٣.

لنص المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه «والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لسيىء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقى أو دينى ولذلك رؤى تضمين النص حكماً يعين على تحامى مثل هذا الاستغلال (١٢)

– اليمين المتممة إجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحرى الحقيقة لتستكمل به دليلاً ناقصاً فى الدعوى وهذه اليمين وإن كانت لا تحسم النزاع إلا أن القاضي بعد حلفها أن يقضى على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة فى الدعوى ليبنى على ذلك حكمه فى موضوعها أو قيمة ما يحكم به. (١٣)

---

(١٢) الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٧/ ٥/ ٢٠٠٢

(١٣) الطعن رقم ٧ سنة ٣٨ق جلسة ٢٧/ ٢/ ١٩٧٣

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٦٢٦ – ٦٢٨ قاعدة ١٧٠٦ – ١٧١٤

الفصل الثالث

كيفية عرض اليمين

قال فى الهداية وشرحها ما خلاصته: ينبغى للقاضى أن يقول للمدعى عليه إنى أعرض عليك اليمين ثلاث فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما إدعاه.

هذا الإنذار لإعلانه بالحكم. إذ هو موضع خفاء لكونه مجتهداً فيه فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات ولم يحلف قضى عليه بالنكول.

وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء الأعذار فهو للاحتياط.

إذ المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز وهو الصحيح.

وقيل لو قضى بالنكول بعد العرض مرة لا ينفذ وهذا غير صحيح. لكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وصورة ذلك كما فى العناية أن يقول القاضى للمدعى عليه احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن نكل يقول له ذلك ثانياً فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ثم يقول له ثالثاً فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعى.



الفصل الرابع

النكول عن اليمين

القضاء بالنكول (1) هو فى الحقيقة من القضاء بالقرائن (أنظر تبصرة ابن فرحون وظفر اللاضى) .

واعتبر أبو حنيفة النكول بذلا.

واعتبره الصاحبان اقرارا أى بدلا عن الاقرار وقائما مقامه فى قطع الخصومة واستدلا على ما ذهبا إليه بأن النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب فى انكاره السابق ومقر فى المعنى بما إدعاه المدعى ولولا ذلك لما نكل، لأن اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وفيها صيانة مال الحالف وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه، والعاقل يميل إلى مثل هذا طبعا. واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس، فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك مخالفا هواه وشح نفسه، ومؤثرا الرجوع إلى حق وهو أولى من التمادى فى الباطل. ولا وجه لحمل النكول على البذل لأن النكول يصح ممن لا يصح منه البذل كالمكاتب والعبد والمأذون له فى التجارة، ويصح فى الدين ولا يجوز بذله. ويجب على القاضى أن يقضى به ويصح ايجابه فى الذمة إبتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب. وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح فى الشائع فيما يقبل القسمة (أنظر كتاب الهبة) ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين أن يكون إقراراً أو بمنزلة الاقرار أى بدلا عنه أهـ.

وقال أبو حنيفة: حمل النكول على البذل أولى من حمله على الاقرار لأننا لو

---

(1) أصل معنى النكول مهابة الشىء والخوف منه يقال نكل إذا أراد أن يصنع شيئا فهابه وتقول نكل عنه ومنه من بابى نصر وضرب نكولا ونكل من باب علم نكلا ونكولا أى نكص وجبن ومنه نكل عن العدو وعن اليمين وعن الجواب فكأن المدعى عليه إذا وجهت إليه اليمين وخشى عاقبة الحلف بها هابها وامتنع منها فهذا هو النكول.

حملناه على الإقرار لكذبناه فى انكاره السابق. ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم من أن يظن به الكذب ولو كان النكول إقرارا لجاز مطلقاً بدون القضاء ولكنه لا يجوز إلا فى مجلس القضاء إتفاقا. وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر به فلان فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شيء، ولو كان إقرارا لوجب عليه (٢) وإنما جاز النكول من المكاتب والعبد المأذون له لأن فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن له بالتجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة، إذ لابد للتجارة من ذلك. وإنما جاز فى الدين بناء على دعوى المدعى، ومعنى البذل ترك المنع، وترك المنع جائز فى المال، لأن أمر المال هين بخلاف النفوس والأعراض إذ ترك المنع فيها غير جائز لامتناع اباحتها وإنما وجب على القاضى أن يقضى بالنكول لأنه ليس بذلا صريحا بل هو بذل بحكم الشرع فلابد من القضاء قطعا للمنازعة وإنما صح ايجابه فى الذمة ابتداء بناء على زعم المدعى أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع، وإن قلنا إنه بذل حقيقة فالمال يجب فيه فى الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة. وإنما وجب القصاص به فيما دون النفس لأن ما دون النفس يسلك فيه مسلك الأموال فيجوز بذله إذا كان مفيدا، ألا ترى أنه يجوز قطع يده المتأكلة لأجل الفائدة بسلامة الجسم كله، فكذا يجوز بذلها لدفع الخصومة عن نفسه (أنظر الهداية وتكملة الفتح) وإنما يجوز فى مشاع يحتمل القسمة لأنه ليس يبذل صراحة وإنما صار بذلا فى المعنى، أى أنه ترك منع المدعى والأعراض عن منازعته فيما يدعيه فلم يكن هبة حقيقة حتى يمنع فى المشاع المذكور. والحاصل أن النكول يجوز حمله على البذل ويجوز حمله على الإقرار لكن حمله على البذل أولى لأن فى ذلك صيانة المسلم عن الكذب مع الوصول إلى المطلوب من قطع الخصومة.

ولاشك أن نظر أبى حنيفة فى هذه المسألة نظر دقيق، لكن فيه تعسفاً فى تأويل

---

(٢) وأجاب الصاحبان عن هذا بأن النكول بدل عن الاقرار فى قطع الخصومة فلا يترتب عليه كل ما يترتب على الاقرار لأن بدل الشيء لا يساويه من كل وجه.

بعض الصور وما ذهب إليه الصاحبان هو الأظهر ولا تكلف فيه.

وقال الشافعى رحمه الله: إن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة (كما هو الشأن فى المسلم) ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة - كما صنع عثمان رضى الله عنه لما وجهت إليه اليمين فامتنع عنها وقال: أخاف أن يوافقها قضاء فيقال: إن عثمان حلف كاذباً. ويحتمل أيضاً اشتباه الحال بألا يدرى أنه صادق فى انكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع. ويظهر هذا ظهور بينا فيما إذا كان بين المتداعيين تعامل وحساب جار طال عليه الزمن. وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة مع هذا الاحتمال بل ترد اليمين على المدعى فإذا حلف قضى له بما إدعاه. وقول مالك رحمه الله فى هذا كقول الشافعى (أنظر التبصرة) وسترى الكلام فى رد اليمين فى الفصل السادس الآتى.

ولما كانت فائدة الاستحلاف هى القضاء بالنكول، وكان النكول محمولاً على البذل عند أبى حنيفة رحمه الله لذلك المقصد النبيل الذى ذكره، وقائما مقام الاقرار عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على ما هو المتبادر منه ظاهراً، وكان بعض الأشياء لا يصح فيها البذل، وبعض الدعاوى لا تثبت باقرار فيه شبهة لأن الحكم فيها يندرىء بالشبهات - لما كان الأمر كذلك اختلف الامام وصاحباه فى أحكام بعض المسائل، واتفقوا فى أحكام بعضها مع اختلاف وجهتى النظر على ما سترى.

(أ) فى دعاوى الأموال وما فى حكمها كالحقوق يصح التحليف على قولهم جميعاً لأنها من جهة يصح فيها البذل، ومن جهة أخرى تثبت بالإقرار مطلقاً.

(ب) فى الحدود واللعان لا يستحلف المنكر اتفاقا، أما على قوله فلأن البذل لا يصح فى شىء منها، وأما على قولهما فلأن النكول اقرار فيه شبهة لأنه هو فى نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين، والحدود تندرىء بالشبهات، واللعان فى معنى الحد، لأنه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج حتى أن كل قذف يوجب حده على الأجنبى إذا قذف الأجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج، وقائم

مقام حد الزنا فى حق المرأة على ما هو مقرر فى باب اللعان. وصورة ذلك أن يدعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود فينكر المدعى عليه، وأن تدعى على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان والزوج ينكر ذلك.

(حـ) فى الأشياء التى تثبت بالإقرار لكن لا يصح فيها البذل يستحلف المنكر على قولهما ولا يستحلف على قوله. وهى سبعة بالاستقراء وهى: النكاح، والرجعة، والفىء فى الإيلاء، والرق، والنسب، والاستيلاء والولاء. والفتوى على قولهما كما فى الكنز وغيره وقيل ينبغى للقاضى أن ينظر فى حال المدعى عليه فإن رآه متعنتا يحلفه آخذا بقول الصاحبين وأن رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول الامام، على نحو ما قيل فى التوكيل بالخصومة. أنظر تكملة الفتح. وصورة ذلك: أن يدعى رجل على امرأة أنها زوجته، أو تدعى هى عليه أنه زوجها. فإن كانت المرأة هى المدعية وأراد القاضى أن يحلفه فإنه يحلفه بالله ما هذه امرأتك بهذا النكاح الذى أدعته، وإن كان الزوج هو المدعى تحلف بالله ما هذا زوجك على ما أدعى. هذه صورة دعوى النكاح والتحليف فيها. وليتبع فى كل دعوى من الدعاوى الآتية ما يناسبها من التحليف على الحاصل أو السبب مما ستراه موضحا فى موضعه. وأن يدعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعاً أو تدعى هى ذلك. وأن يدعى بعد انتهاء مدة الايلاء أنه فاء إليها أو تدعى هى عليه ذلك وأن يدعى على مجهول النسب أنه عبده أو أنه ابنه هو كان يولد مثله لمثله. أو يدعى عليه ذو النسب المجهول أنه سيده أو أبوه وأن يدعى على شخص أنه مولاه معتقه أو بالعكس. وأن تدعى على مولاها أنها ولدت منه ولدا وادعاه والمولى ينكر ذلك، ولا يجرى فى هذا العكس لأن لو أدعى الولد ثبت الاستيلاء باقرار ولا يلتفت إلى انكارها. وقد عد بعضهم هذه الأشياء ستة بادخال الاستيلاء فى النسب. وأن من أدعى قصاصا على غيره استحلف المدعى عليه بالإتفاق غير أنه إذا نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص على قول أبى حنيفة، لأنه بذل وبذل ما دون النفس

جائز كما تقدم آنفا. وأما على قولهما فلا قصاص بل يلزمه الإرش لأن النكول عندهما اقرار فيه شبهة كما تقدم وإن كان النكول فى النفس حبس حتى يحلف أو يقرب على قول أبى حنيفة لتعذر القضاء بالنكول على مذهبه إذ النفس لا يصح فيها البذل، فلو قال لرجل اقتلنى فقلته فعلى القاتل القصاص على رواية أو الدية على رواية أخرى، بخلاف ما إذا قال له اقطع يدى فقطعها فلادية ولا قصاص، وإن كان هذا لايباح لغير حاجة كقطع اليد للأكلة وقطع السن للوجع. وعلى قولهما عليه الديه لأنها اقرار فيه شبهة (أنظر الهداية والعناية وتكملة الفتح).

ومما يتفرع على ما تقدم أن السارق يستحلف عند عدم البينة فإن نكل ضمن ولا يحد لأن المنوط بفعله شيئان أولها ضمان المال وهذا يصح فيه البذل والاقرار، وثانيهما الحد وهو لا يثبت بالنكول على كلا القولين. وإذا إدعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر اتفاقا لأن المقصود من هذه الدعوى المال، وأما النكاح فلا يثبت على قوله خلافا لهما (أنظر الهداية وتكملة الفتح) وأنه إذا إدعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه فإنه يستحلف بالاتفاق فإن حلف برىء وإن نكل يقضى عليه بالمال دون النسب ومثله ما إذا إدعى على موسر أنه أخوه وأن نفقته واجبة عليه فأنكر المدعى عليه الاخوة فإنه يستحلف بالاجماع فإن نكل يقضى بالنفقة دون النسب وكذا إذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له أنت أخى يريد بذلك إبطال حق الرجوع فإنه يستحلف بالاجماع فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب، وأنه إذا إدعت امرأة حرة الأصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان فى يد رجل التقطه إنه أخوها وأنها أولى بحضانته فإنه يستحلف بالاجماع فإن نكل ثبت لها حق نقل الصبى إلى حجرها دون النسب وذلك أن المقصود بالدعوى فى هذه المسائل المذكورة إنما هو الحقوق دون النسب. وإنما يستخلف فى النسب المجرد على قول الصاحبين إذا كان يثبت النسب باقراره كالأب والابن على ما قدمنا.

ونقل فى تكملة الفتح عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده: إن الأصل فى هذا

الباب أن المدعى قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف؟ إن كان بحيث لو أقر به لا يصبح اقراره عليه فإنه لا يستحلف عندهم جميعا لأن اليمين لا تفيد فإن فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا فيقضى عليه، فإذا كان لا يقضى عليه لو أقر فإنه لا يستحلف عندهم جميعا. وإن كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقربه فإذا أنكر هو يستحلف على ذلك؟ فالمسألة على الاختلاف: عند أبى حنيفة رحمه الله لا يستحلف وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فإن حلف برىء وإن نكل عن اليمين لزمته الدعوى. فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب أهـ.

تتمة (١) هل يفترض القضاء فور النكول أى عقبة من غير تراخ؟ (٣) فى المسألة خلاف قال فى الدر إنه لم ير فى ذلك ترجيحا. وقد حكى فى تكملة الفتح أن فيه اختلافا ولم يذكر الترجيح أيضا.

(٢) تقبل البينة بعد القضاء بالنكول، فلو نكل المدعى عليه عن اليمين وقضى عليه بالنكول ثم جاء المدعى بالبينة فإنه يقضى بها كما يقضى بها بعد الاقرار وفائدة قبولها بعد لزوم حق المدعى بالقضاء تعدية الحكم إلى غيره (أنظر ما تقدم فى آخر الإقرار من سماع البينة بعد الإقرار).

(٣) قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف فلا يلتفت إليه، والقضاء على حاله لأنه أبطل حقه بالنكول فلا ينقضى القضاء. وإنما قيدنا بالقضاء لأنه لو نكل ثم أراد أن يحلف بعد نكوله قبل القضاء جاز ذلك وقبل منه لأن النكول لا يصير حجة

---

(٣) مادة ١١٨ اثبات «كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه».

- مادة ١٣٩ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية إذا عجز المدعى عن اثبات دعواه وطلب تحليف خصمه فحلفه أو نكل حكم بمقتضى الحكم أو النكول».

- مادة ١٤٠ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية «إذا كلف القاضى من توجه إليه اليمين، فى الدعاوى المتعلقة بالمعاملات، باليمين ونكل عنها صراحة بقوله لا أحلف أو دلالة بالسكوت بلا عذر حكم القاضى بنكولة وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه ويبقى الحكم على حاله».

ملزمة إلا إذا اتصل به القضاء، ولو كان حلفه بعد العرض ثلاثا أقول: وهذه جهة أخرى لضعف النكول لأن المدعى عليه يملك إبطاله قبل القضاء مع أنه لا يملك إبطال الإقرار الصادر عنه .

(٤) لو أدعى على آخر دينا مؤجلا فأنكر لا يحلف على الدين المؤجل فى أظهر القولين (هكذا فى البحر) وعلله الحموى بأنه قبل حلول الأجل لا تسوغ له المطالبة به حتى يترتب على انكاره التحليف (أنظر حاشيته على الاشباه).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

- يجب فى حالة صدور حكم اليمين فى غيبة المكلف بالحلف أن يعلن بالجلسة المحددة للحلف على يد محضر إعلانا صحيحا أما إذا لم يتم إعلان بتلك الجلسة فإنه لا يصح الحكم عليه على اعتبار أنه ناكل عن اليمين. (١)

النكول وحده ليس حجة للمدعى عند بعض الأئمة كالشافعى لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه وإلا اعتبر ناكلا، ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهه، فإن لم يكن حاضرا وجب تكليفه على يد محضر للحضور لحلفها بالصيغة التى أقرتها المحكمة، وفى اليوم الذى حددته، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلا كذلك»

- من المقرر أن الحكم الصادر بناء على النكول عن اليمين له قوة الشىء المقضى فيه ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام مالم يكن الطعن مبنيا على مدى جواز اليمين أو تعلقها بالدعوى أو بطلان فى الإجراءات الخاصة بتوجيهها أو حلفها.(٢)

---

(١) (الطعن رقم ١٤١ سنة ٢٦ق جلسة ٩/ ١١/ ١٩٦١).

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٦٢٣ قاعدة ١٦٩٢.

(٢) الطعن رقم ٣٤٠ سنة ٤٥ق جلسة ٢٥/ ٣/ ١٩٨٠

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص٦٢٣ - ٦٢٥ قاعدة ١٦٩٤ - ١٧٠٢.

الفصل الخامس

افتداء المنكر يمينه
والمصالحة عنها

من ادعى على آخر مالا فنكره فطلب يمينه فإفتداها أو صالحه عنها على مقدار من المال جاز ذلك (١).

قالوا والافتداء يكون بمال مثل المدعى أو أقل منه.

وأما الصلح عن اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى فى الغالب لأن الصلح ينبىء عن الحطيطة.

وكلاهما مشروع.

وقد إفتدى عثمان رضى الله عنه يمينه على ما سيأتى فى (فصل رد اليمين).

وإذا افتدى يمينه أو صالح عنها فقد سقط حق المدعى فى تلك اليمين فليس له أن ينقض ما حصل ويستحلف المدعى عليه ثانيا لأن الساقط لايعود.

(أنظر الهداية وشروحها).

---

(١) مادة ١٣٨ مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية «من إفتدى يمينه أو صالح عنه بمقدار من المال سقط حق المدعى فى تلك اليمين»

الفصل السادس

رد اليمين

تقدم أنه إذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه فإن نكل قضى عليه بنكوله عند أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله.

وأما عند الشافعى فلا يقضى بالنكول بل ترد اليمين على المدعى فإن حلف قضى له وإن نكل لا يقضى له بشىء (١).

وهذه مسألة اليمين المردودة.

وسترى فيما نذكره هنا أن للفقهاء فى هذا المقام أربعة آراء.

الأول مذهب أبى حنيفة وأصحابه.

قال فى التبيين: ولا ترد يمين على مدع، لقوله عليه الصلاة والسلام: لو أعطى الناس بدعواهم (الحديث) جعل جنس الأيمان على المنكر لأن الألف واللام للاستغراق وليس وراءه شىء آخر حتى يكون على المدعى. ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش» ولقوله عليه الصلاة والسلام: البينة على المدعى (الحديث) قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة. وفيه الألف واللام.

أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين، ولهذا لا تقبل بينة ذى اليد (أقول انظر دعوى الرجلين) ولا يقال إنما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعى، وليس كذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لأنه يقول: هو لى. ويقول لصاحبه: هو ليس لك لأنا نقول: المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج إثبات الملك لنفسه، والنفى يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذى اليد نفية. ولهذا يقول الخارج أو ما ينطق. هو لى. ويقول ذو اليد: ليس

---

(١) مادة ١١٤/ ٢ أثبات «ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، على أنه لا يجوز الرد إذا انصب اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين».

لك. فالأول هو المعتبر: فسمى كل واحد منهما بأول ما يصدر منه اعتبارا للقصدى دون الضمنى أهـ.

وروى شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطة عن عمر وعثمان وعلى وعبدالله بن عمر وابن عباس وأبى موسى الأشعرى رضى الله عنهم أنهم قضوا بالنكول، روى ذلك عنهم بألفاظ مختلفة. ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع (حاشية الزيلعى) وروى عن عمر رضى الله عنه أن امرأة ادعت عنده على زوجها أنه قال لها حبلك على غاربك، فحلف عمر الزوج ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة (زيلعى) وروى مالك أن عبدالله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعة بالبراءة من كل عيب، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بعد أن قبض الغلام: أن بالغلام داء، فقال عبدالله إنى بعته بالبراءة. فقضى عثمان على عبدالله باليمين أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبدالله أن يحلف له فحكم عليه عثمان بنكوله، فارتجع الغلام ورد الثمن. (الطرق الحكمية)

الثانى مذهب الشافعى ومن وافقه (٢)

وهاك جملة ما يستدل لهم به.

(١) روى الدارقطنى من حديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق. ورواه أيضا البيهقى والحاكم فى المستدرك وروى أبوعبيد عن الشعبى أن المقداد استسلف من عثمان سبعة آلاف درهم فلما قضاها أتاه بأربعة آلاف فقال عثمان أنها سبعة فقال المقداد ما كانت إلا أربعة. فلم يزالا حتى إرتفعا إلى عمر فقال المقداد يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول وليأخذها. فقال عمر أنصفك. أحلف أنها كما تقول وخذها أهـ. (وزاد فى تكملة الفتح على

(٢) ممن قال برد اليمين من أئمة الفقه مالك والأوزاعى وإبراهيم النخعى وابن سيرين وكان شريح يقضى به رحمهم الله أجمعين (أنظر الطرق الحكمية).

ذلك: فلم يحلف عثمان رضى الله عنه. فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر أنها كانت سبعة آلاف قال ما منعك أن تحلف فقال: أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. قال قاضى زاده فيكون هذا دليلا للشافعى على جواز رد اليمين على المدعى، وأجاب عن ذلك بأن المقداد كان يدعى الإيفاء على عثمان أهـ. وانظر جملة ما نقله فى هذه المسألة) قال أبوعبيد: فهذا عمر قد حكم برد اليمين ورأى المقداد ذلك ولم ينكره عثمان، فهؤلاء ثلاثة من أجلاء الصحابة قالوا برد اليمين. وروى عن على رضى الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه. وروى عن شريح أنه كان يقضى برد اليمين فإذا قضى على المدعى عليه باليمين أى قال له أحلف فردها على الطالب فلم يحلف لم يعطه شيئا (أنظر الطرق الحكمية).

(٢) الشارع قد شرع اليمين مع الشاهد الواحد (على ما سيأتى قريبا) فلم يكتف فى جانب المدعى بالشاهد وحدة حتى أتى اليمين تقوية لشاهده ونكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعى فهو أولى أن يقوى بيمين الطالب، فإن النكول ليس ببينه ولا اقرار، وهو حجة ضعيفة فلم يقو على الاستقلال بالحكم، فإذا حلف المدعى قوى جانبه. فاجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعى فقام مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين (أنظر الطرق الحكمية) أقول أن الحنفية لا يقولون بالشاهد واليمين فلم يتم الزامهم بهذا.

(٣) اليمين إنما وجبت فى الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فإذا نكل كان الظاهر شاهدا للمدعى فيحلف لأنه صار من هذه الحيثية منكرا لتمسكه بالظاهر (أنظر التبيين وحاشية العناية) وأجيب عن هذا بأنا لا نسلم صيرورة المدعى منكرا من حيثية النكول إذ يلزم منه عدم تعيين المدعى والمنكر، وعدم لزوم اليمين على معين، ويلزم التسلسل فى رد اليمين، وكل ذلك باطل فكذا ما يؤدى إليه (أنظر تكملة الفتح).

(٤) ــ النكول يحتمل أن يكون لأجل اشتباه الحال أو لأجل التورع عن اليمين الكاذبة أو لأجل الترفع عن اليمين الصادقة كما فعل عثمان رضى الله عنه، وإذا كان

النكول كـذلك فلا يـكون حجـة مع الاحتـمـال فلايقـضى به، وأجـيب عن هذا بأن اليمين واجـبة لقوله عليه الصـلاة والسلام واليمين على من انكر، وبهـا يدفع الضرر عن نفسه، والعاقل الدين لايترك الواجب عليـه ولايترك دفع الضرر عن نفسه بشىء من تلك الوجوه التي يحتملها النكول، أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ ليس بأمر ضرورى أصلاً حتى يترك به الواجب ودفـع الضرر عن نفسه، وأما بالتورع عن اليـمين الكاذبة فلأنه لايتـرك الواجب بل يعطى خـصمه حـقه فـيسـقط الواجب عن عهدته، وأما باشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لايترك الواجب عليه بل يتحرى فيقدم على إقامة الواجب أو يعطى حق خصـمه (أقول لايخفى مافى الجواب الأخير من الضعف) واذا لم يبق الا أن نعتبر الناكل إمـا باذلا على ما ارتاه أبوحنيفة أو مقراً على ماذهب اليه الصاحبان وعلى كل فانه يقضى عليه بنكوله (أنظر تكملة الفتح).

(٥) ــ المنكر لما طلبت منه اليـمين التى هى واجبـة عليه شرعـاً ولا يندفع عنه الحق الا بفعلها قد رضى لنفسه بأن يحلف المدعى بأن هذا الأمر الذى ادعاه ثابت على المنكر وقنع بذلك وزحزح اليـمين المتوجهة عليـه بهذا الرد، فاذا حكم على المدعى عليـه بهذه اليمين التى يحلفـها المدعى فذلك لكونه قـد رضى بها عوض اليـمين التى عليه، والزم نفسه بالمدعى اذا حلف المدعى وللانسان ان يلزم نفسه ما شاء بما شاء أ هـ .

أقول وهذا وجه قـوى وهو فى الحقيقـة فى معنى المصالحة عن اليـمين (وانظر ظفر اللاضى).

الثالث: بقى الكلام فـى الأدلة التقلية التى أوردها الطرفـان ، والذى حققـه شيخ الاسـلام ابن تيمـية ان النكول وحـده يقضى بـه فى مواضع ورد اليـمين لابد منه فى مواضع اخرى فـاليمين لا ترد على المدعى الا اذا كان عالما بما يدعـيه قطعا بأن يكون مدعيا بفعل نفسه لا بفعل غيـره، أو يكون مدعياً على نفسه لا على مال غيره ، وهذا هو المذهب الثالث.

وهاك ما قاله ابن القيم نقلاً عنه من كتـابة الطرق الحكمية: قال شيخ الاسلام ابن تيـمـية رحـمـه الله ورضى عنه: لـيس المنقـول عن الصـحابة رضـى الله عنهم فى

النكول ورد اليمين بمختلف، بل هذا له موضع وهذا له موضع ففي كل موضع أمكن المدعى معرفة المدعى والعلم به فردت عليه اليمين من المدعى عليه فانه ان حلف استحق وان لم يخلف لم يحكم لـه بنكول المدعى عليـه وهذا كحكومة عثمان والمقداد فان المقداد قال لعثمان احلف أن الذى دفعته إلى كان سبعة آلاف وخذها، فإن عثمان يمكنه معرفة ما ادعاه والعلم به كيف وقد ادعاه بالفعل، فاذا لم يحلف المدعى لم يقض له الا ببينة أو اقرار، وفى كل موضع لايعلم المدعى جلية الأمر فيما يدعيه بل المدعى عليه هو المنفرد بمعرفته فانه اذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول ولم ترد اليمين على المدعى، كحكومة عبدالله بن عمر وغريمه فى مسألة بيع الغلام، فان عثمان قضى عليه أن يحلف لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، وهذا يمكن أن يعلمه البائع فانه انما استحلفه على نفى العلم فلما امتنع عن هذه اليمين قضى عليه بنكوله اذ لم تبق حاجة لرد اليمين على المدعى، قال: وعلى هذا اذا وجد بخط ابيه فى دفتره أن له على فلان كذا وكذا فادعى به عليه فنكل وسأل احلاف المدعى أن أباه اعطانى هذا أو أقرضنى أبوه هذا لايجاب الى طلبه لأن المدعى عليه هو الذى ينفرد بعلم ذلك. ولو أدعى عليه أن زيداً أحالنى عليك بمائة فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين وقال للمدعى أنا لا أعلم أن فلاناً أحالك على، ولكن احلف وخذ، فها هنا ان لم يحلف لايحكم بالنكول عليه بل لابد من رد اليمين أ. هـ قال ابن القيم: وهذا الذى اختاره شيخنا رحمه الله هو فصل النزاع فى النكول ورد اليمين، انتهى بشىء من الايضاح، ولاشكك أن هذا تفصيل حسن ونظر دقيق، وانظر ظفر اللاضى ففيه نظر اخر.

وثم رأى رابع وهو أن المدعى عليه اذا نكل أجبره الحاكم على اليمين شاء أم أبى بالضرب والحبس، ولايقضى عليه بنكول ولا رد يمين، وهذا قول ابن حزم ومن وافقه من أهل الظاهر، واحتجوا بأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا اجماع بالقضاء بالنكول ولا باليمين المردودة (أنظر الطرق الحكيمة) ولاشك أن نظر هذه الطائفة قاصر (٣).

(٣) ــ أنظر المحلى ص ٣٧٢ وما بعدها جزء تاسع ففيه هذا المبحث مستوف جداً.

الفصل السابع

ما يحلف به

وكيف يستحلف

اليمين تكون بالله عز وجل وكذا بأى صفة من صفاته كالرحمن والرحيم(1) [انظر تكملة رد المحتار].

واستدل عليه فى الهداية بقوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر» وقوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بغير الله فقد أشرك» وفى التبيين أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» رواه البخارى ومسلم وأحمد وفى لفظ: قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله أو ليصمت» وكانت قريش تحلف بآبائها فقال «لا تحلفوا بآبائكم» رواه أحمد ومسلم والنسائى وعن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون».

وقد تؤكد اليمين بذكر أوصافه تعالى كأن يقول: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان علىَّ ولا قِبَلى هذا المال الذى ادعاه هو كذا وكذا ولا شىء منه. وذلك لأن أحوال الناس شتى: فمنهم من يمنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك، وله أن يزيد على هذا إن شاء وله أن ينقص عنه إلا أنه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض كيلا تتكرر عليه اليمين، ولو أمر بالعطف

---

(1) مادة ١٢٧ اثبات «تكون حلف اليمين بأن يقول الحالف (أحلفه) ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة » .

مادة ١٢٨ اثبات « لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة فى ديانته إذا طلب ذلك».

وجاءت المادة ١٣٢ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية بفقرتيها مطابقة للمادتين ١٢٧ ، ١٢٨ اثبات.

فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بهـا ولو لم يغلظ جاز، وقـيل لا يغلظ على المعروف بالصـلاح ويغلظ على غيـره، وقيل يغلظ فى الخطيـر من المال دون الحقـير. ولو غلظ عليـه فحلف من غـير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لأن المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل(٢) ولا يغلظ على المسلم بزمان ولا مكان(٣).

ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لمخالـفة ذلك للحديث. قال صاحب الهداية: وقيل فـى زماننا إذا الح الخـصم ساغ للقـاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة بالـيمين بالله وكثرة الامـتناع بسبب الحلف بالطلاق. قال قاضـى زاده: يردعلى قول صاحب الهداية أنه تـعليل فى مقابلة الـنص فلا يصح. ثم نقل عن قـاضى خان أن المدعى إذا أراد تحليف المدعى عليـه بالطلاق والعتـاق ففى ظاهر الرواية لا يجـيبه الـقاضى إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام، وبعضهم جوز ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية أ هـ. ثم قال قاضى زاده -بعـد عدة نقول عن المشايخ: أقول قـد تلخص من هذه المذكـرات كلهـا أن للقـاضى أن يحلف بالطلاق والعـتـاق عند الحاح الخـصم، وأن يفتى بجـواز ذلك إن مست الضرورة، ولكن ليـس له أن يقضى بالنكول عنه، فإذا لم يجز القضاء بالنكول كما ذكر فكيف يجوز التحليف أ هـ. ولم

---

(٢) قال فى تبـصرة ابن فرحـون: لو اقتصـر على قوله والله أو قال والـله الذى لا إله إلا هو فقال أشـهب بعدم الاجزاء فيـهما وقال اللخـمى مقتضى النظر أنهـا يمين مجزئة لأنها منعـقدة وتجب بها الكفارة أ هـ (وانـظر بقية البحث فيه).

(٣) قيل لا يـجب وقيل لا يستـحب وقيل لا يشـرع، وظاهر ما فى الهـداية أن المنفى هو وجـوب التغليظ بهـما فيكون مشروعا، وظاهر ما فى المحيط أن المنفى كونه سنة وقال فى موضع آخر بعدم مشروعيته (وتمام البحث فى تكملة رد المحتـار، والتغليظ بالزمـان والمكان جائز عند الأئمة الـثلاثة إن كان اليمين فى قـسامة أو لعـان أو مال عظيم فتكون فـى مكة بين الركن والمقام وفى المدينة عند قـبر النبى صلى الله عليه وسلم وفـى بيت المقدس عند الصخـرة وفى سائر المدن فى جوامعـها فإن لم تكن ففى مـساجدها ويكون ذلك يوم الجـمعة بعد العـصر (انظر التبيين والمهذب والتبصرة) وعن أبى يوسف أنه يوضع المصـحف فى حجر الحالف ويقرأ قوله تعالى: «ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا» الآية ثم يحلف [انظر رد المحتار].

يجب عنه بجواب، ومثله فى التبيين. وفى التنوير والدر وتكملة رد المحتار أن القاضى لو حلف المدعى عليه بالطلاق والعتاق فنكل لا ينفذ قضاؤه على رأى الأكثر، وقيل يعتبر نكوله ويقضى به لأن التحليف انما يقصد لنتيجته وإذا لم يقض بالنكول فلا ينبغى الاشتغال به، وكلام العقلاء فضلا عن كلام العلماء العظام يصان عن اللغو أ هـ. لكن المختار عدم القضاء بالنكول وأن الغرض من التحليف بالطلاق ونحو تخويف المدعى عليه وطمأنينة المدعى كما تقدم أ هـ.

ونقل في التبصرة عن ابن وضاح أنه قال لسحنون ان ابن عاصم يحلف الناس بالطلاق يغلظ عليهم بذلك، فقال ومن أين يأخذها؟ فقلت له من الأثر -يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور- فقال مثل ابن عاصم يتأول هذا أ هـ أقول وكذلك عند المالكية تحليف الشاهد والتغليظ عليه ولو بالطلاق إذا اتهمه القاضى وقد قدمنا ذلك فى كتاب الشهادة [انظر هذا البحث أيضا فى ظفر اللاضى].

ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام ويستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار، هكذا ذكر محمد -رحمه الله- فى الأصل. ويروى عن أبى حنيفة -رحمه الله- فى النوادر أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا. وذكر الخصاف -رحمه الله- أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله وهذا اختيار بعض مشايخنا لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمه، ويستحلف الوثنى بالله (انظر الهداية) ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم لأن القاضى لايحضرها وهذا هو ظاهر بالمذهب وروى الحسن أن المدعى إذا سأل القاضى أن يبعث بالمدعى عليه إلى بيعة أو كنيسة ليحلف هناك فلا بأس أن يفعله إذا اتهمه [انظر تكملة الفتح] [وانظر التبصرة] وفيها: ومن الناس من لا يحلف بما يحلف به المسلم لأنه ينكر ما يقوله أهل التوحيد ويحتجون أن ليس عليهم الخروج عن دينهم ليمين وجبت عليهم، فيحتاط حتى يقول ما لا يخرج به عن الشهادة بالحق ولا يحلف بما يخالف دين الإسلام. وقال فى مجوسية أسلم زوجها فلاعنت فقالت: أقول والنار. فقال: لا تحلف إلا بالله أ هـ.

الفصل الثامن

ما يحلف عليه

وتحته فرعان:

(الأول) فى التحليف عن البتات والتحليف على العلم

(والثانى) فى التحليف على الحاصل والتحليف على السبب:

الفرع الأول

التحليف على البتات والتحليف على العلم (1)

الضابط لهذا التحليف أنه إن كان على فعل نفسه فهو على البتات والقطع كأن يحلف بالله ما طلق زوجته أو ما اشترى أو ما باع أو ما كفل إلخ، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم كأن يحلف بالله ما يعلم أن على مورثه الدين الذى يدعيه فلان ولا شىء منه. وذلك لأننا إذا حلفناه على فعل غيره يكون على البتات وهو لا يحيط علما بما فعل غيره فربما يمتنع عن اليمين مع كونه محقا فيما يقول فيتضرر فاكتفينا بتحليفه على العلم رفعا للحرج عنه حتى إذا امتنع عن الحلف فى هذه الحالة اعتبرناه باذلا أو مقرا على ما تقدم. قالوا ومع ذلك إذا جازف وحلف على البتات اعتبرنا يمينه لأن البتات آكد من العلم، ولو تعين أن يحلف على البتات فحلف على العلم لا يعتبر ذلك ولا نسقط عنه اليمين، ووجهه ظاهر، وانظر الهداية وغيرها كذا ظفر اللاضى.

---

(1) مادة 115/ 2 اثبات «ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإن كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها».

ـ مادة 135 مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية «إذا حلف أحد على فعله يحلف على البتات. وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم».

الفرع الثانى

الحلف على الحاصل والتحليف على السبب

الضابط لهذا ان السبب اما أن يرتفع برافع أولا.

فإن كان لا يرتفع برافع فالتحليف يكون على السبب بالإجماع.

وإن كان يرتفع برافع فإن تضرر المدعى بتحليف المدعى عليه على الحاصل فكذلك، أى يحلف على السبب بالإجماع وإن لم يتضرر فعلى قول أبى حنيفة ومحمد يحلف المدعى عليه على الحاصل، وعلى قول أبى يوسف يحلف على السبب إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب، وهذا ظاهر الرواية، وعى أبى يوسف أنه ينظر إلى انكار المدعى عليه فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم (أى حكم العقد) يحلف على الحاصل. وقال فخر الإسلام يفوض الأمر إلى رأى القاضى.

إذا تقرر هذا فهاك ما يوضحه:

(١) إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه فأنكر المولى حلفه القاضى على السبب فيقول بالله ما أعتقته وذلك لأن الرق لا يتكرر على العبد المسلم إذ لا يقبل منه إلا الإسلام أو يقتل إذا ارتد أو لحق بدار الحرب، بخلاف الأمة والعبد غير المسلم فإن الرق يتكرر عليهما بالردة بالنسبة للأمة المسلمة، والالتحاق بدار الحرب بالنسبة للعبد والأمة غير المسلمين، فالتحليف هنا على السبب بالإجماع لأنه لا يرتفع برافع.

(٢) إذا ادعت المبتوتة نفقة والزوج لا يراها (بأن يكون شافعيا مثلا) أو ادعى عليه شفعة بسبب الجوار والمشترى لا يرى ذلك حلفه القاضى على السبب بالإجماع لأنه لو حلف على الحاصل لصدق فى يمينه على اعتقاده فيتضرر المدعى وذلك بمنع النفقة عن المبتوتة وبعدم القضاء بالشفعة. وعلى ذلك يجب أن يقول بالله ما أبنتها ولا يقول بالله ما تستحق على نفقة -بالله ما اشتريت العقار الملاصق لعقار المدعى ولا يقول بالله ما يستحق المدعى على شفعة.

أقـول ان لى ملاحظة عـلى المثال الأول فـإن المطلق إذا كـان شافـعـيا وقـد أوقع الطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية وكـان من بعد الدخول وعلى غيـر مال ودون الثلاث فإنه رجعى على مـذهبه، فلو حلف بالله ما أبانها كان صـادقا باعتبار مذهبـه فينبغى استـفسـار المدعى ثم تحليف المدعى عليـه على السبب أو الحـاصل بحيث لا يتـضرر المدعى. وبالجملة فينبغى أن تلاحظ كل حادثة جزئية ملاحظة دقيقة.

(٣) إذا ادعى عليه البيع (مـثلا) فأراد القاضى أن يحلفـه على السبب بأن قال له أحلف بالله ما بعت فقـال المدعى عليه أيها القاضى ان الإنسان قد يبـيع شيئا ثم تقع الاقالة فيه. فحينئذ يلزم القاضى أن يحلفه على الحاصل اجماعا بأن يقول له قل بالله ما بيننا بيع قائم الآن. وهذا هو معنى التعريض.

(٤) إذا ادعى نكاحا أو بيعا أو غصبا أو بينونة أو نحو ذلك مما يقع ويرتفع: فعلى قول الطرفين يحلفـه القاضى على الحاصل فيـقول له قل بالله ما بينكمـا نكاح قائم، وبيع قـائم، وما يجب عليك رده. ومـا هى بائن منك الآن. ولا يقول له قل بالـله ما تزوجت، ولا بالله ما بعت، ولا بالله ما غـصبت، ولا بالله ما أبنت، وذلك لأن هذه الأشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق لـرفع النكاح، والاقالة لرفع البيع، والهبة أو البيع (مـثلا) للمـغصوب فـيرتفع الغصب، والنـكاح الجديد لرفع البينونـة فلو حلفه على السـبب تضـرر المدعى عليـه إذا كـان السبب قـد حـصل ثم ارتفع فـلأجل هذا يحلفه على الحاصل.

وأما على قـول أبى يوسف فإنه يحلفه علي السـبب في كل ذلك لأن اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب أي النكاح والبيع الخ بها الحكم أي ما يترتب علي عقد النكاح والبيع الخ. لكن لو عرض المدعى عليه كما تقدم علم القـاضى أن السبب ربما يكون الحـاصل ثم ارتفع فـلا يحلفه إلا على الحـاصل دفعـا للضرر عنه. والفتوى على قولهما.

والحاصل أن الأصل أن يكون تحليف المدعى عليه دائما على نفى دعوى المدعى،

ثم قال أبويوسف ان المدعى هو السبب (أى حصل كذا) فالتحليف يكون على نفى السبب (أى حصل كذا) وقال الطرفان ان المدعى هو الأثر المترتب على السبب بدليل أن المدعى يطالب المدعى عليه بتسليم المبيع إلخ. وهذا يستلزم قيام البيع (فعلا) الآن. فالمدعى فى المعنى هو الحاصل وإن كان المذكور فى الدعوى لفظ السبب.

ثم لاحظ كل من الفريقين على مذهبه شيئا فأبو يوسف لاحظ التعريض فجعل التحليف على الحاصل فى هذه الحالة منعا لضرر المدعى عليه، والطرفان لاحظا ضرر المدعى فى التحليف على الحاصل فى بعض الصور فجعلاه على السبب أ هـ.

وبهذا يكون الذى سقته هنا يتضح الموضوع ويظهر (وانظر العناية وتكملة الفتح).

هذا وقد ذكر فى شرح المادة (١٧٤٩) من المجلة صورا للتحليف على ماذكرناه فى هذا الفصل من المفيد جدا الاطلاع عليها.

الفصل التاسع

مسائل متنوعة من الدر والتكملة متصلة بما سبق

(أ) إذا اجتمعت دعاوى مختلفة تكفى فيها يمين واحدة، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة. كما لو ادعى عليه دراهم ودنانير وعروضا وعقارا (مثلا) وأنكر المدعى عليه وأراد المدعى تحليفه فالقاضى يجمع الكل ويحلفه يمينا واحدة وبهذا جاءت المادة (٢٠٢) من اللائحة(١).

(ب) تجرى النيابة فى التحليف ولا تجرى فى الحلف، فلوكلاء الدعاوى أن يحلفوا الأخصام إذا فوض الموكلون إليهم ذلك. أما إذا توجهت اليمين إلى الموكل فإنه يلزمه أن يحلف هو بنفسه. ومثل الوكيل الوصى والمتولى وأبوالصغير فإنهم يملكون الاستحلاف ولا يحلف أحد منهم إلا إذا ادعى عليه العقد «كما تقدم». ومما يتفرع على هذا أنه إذا ادعى أحد على الميت مالاً فله أن يحلف كل الورثة ولا يكتفى بيمين أحدهم لأن النيابة لا تجرى فى الحلف، ولو ادعى الورثة مالاً لمورثهم على انسان وحلف أحدهم المدعى عليه عند القاضى كفى ذلك فليس لبقية الورثة أن يحلفوه لأن النيابة تجرى أى الاستحلاف (انظر المادة ٢٠٥) (٢).

(جـ) اليمين تكون دائما على النفى حتى يتأتى بها الاستيعاب، وهى اما على نفى الفعل أو نفى العلم، واما على نفى السبب أو نفى الحكم كما قدمنا فى الفصل الثامن. وهذا عند أبى حنيفة وأصحابه وأما عند القائلين برد اليمين وبقبول الشاهد

---

(١) الغيت المادة ٢٠٢ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

تنص المادة ١٣٧ مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية «إذا اجتمعت دعاوى مختلفة يكفى فيها يمين واحدة على جميعها ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة».

(٢) الغيت المادة ٢٠٥ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وراجع ما تقدم.

الواحد مع يمين المدعى فتكون أيضا على الفعل. وكذا إذا حلف الشاهد فإنه يحلف على الوجود لا على العدم المحض.

(د) استحلاف الأخرس أن يقول له القاضى. عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق (مثلا) فيشير الأخرس برأسه أى (نعم) أو (لا).

ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق لأن اشارة الأخرس المعروفة كعبارة الناطق، والقاضى لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم أولا، لايكون يمينا، لأنه يصير كأنه قال له احلف فقال نعم، وذلك لا يكون يمنا، فكذا الأخرس. أما لو قال له عليك عهد الله فقال نعم يكون يمينا لأنه بمنزلة قوله على عهد الله (انظر حاشية التبين) وفى المادة (٢٠٤) يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله اشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة. فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها أ هـ(٣). ونقل فى الهندية عن الذخيرة أن المدعى عليه إذا كان أصم مع كونه أخرس، والقاضى يعرف أنه أصم فإن القاضى يكتب له ويأمره أن يجيب بالكتابة وإن كان لا يعرف الكتابة وله اشارة معروفة يؤمر بالاشارة ليجيب.

(هـ) إذا طلب ممن وجهت إليه اليمين أن يحضر إلى مجلس القاضى ليؤديها فلم يحضر وتكرر منه ذلك بعد اعلانه بالحضور مرتين ولم يبد عذرا شرعيا اعتبر ناكلا [انظر المادة ٢٠٠ فقرة أخيرة (٤) وانظر التبصرة].

(و) برهن المدعى على دعواه فطلب المدعى عليه من القاضى أن يحلف المدعى على أنه محق فى الدعوى أو على أن الشهود محقون فى الشهادة لا يجيبه القاضى إلى ما طلب. قالوا لأنه خلاف الشرع.

---

(٣) الغيت المادة ٢٠٤ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

مادة ١٢٩ اثبات «يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله اشارته المعهودة إن كان لايعرف الكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها».

وتضمنت المادة ١٣٣ مشروع قانون الاثبات والمواد المدنية والتجارية ذات النص.

(٤) الغيت المادة ٢٠٠ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ راجع ما تقدم.

(ز) اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئا فهو باطل، لأن التحليف حق القاضى بطلب المدعى فلا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضى. أنظر المواد ١٩٨ و٢٠٠ (الفقرتين الأولى والثانية) و٢٠١ من اللائحة(٥).

لا يستحلف المنكر فى مسائل أوصلها فى رد المحتار إلى تسع وستين مسألة. وسنذكر أهمها هنا:

(١) إذا كان فى يد رجل شىء مالى فادعاه اثنان كل منهما أنه له فأقر به لأحدهما وأنكر للآخر لا يحلف لأنه لما أقر به لأولهما صار له «فى اعتقاد المقر) فإن نكل عن اليمين للثانى لا يصير للثانى لأنه يكون رجوعا عن اقراره للأول. وكذا لو أنكر دعواهما جميعا فحلف لأحدهما فنكل لا يحلف للآخر لأن نكوله بمنزلة بذله أو اقراره له. وقال فى الخانية مانصه: عين فى يد رجل ادعاه رجلان كل منهما على حدة فحلفه القاضى لأحدهما فنكل وقضى له. ثم أراد الآخر أن يحلفه -إن كان الثانى يدعى ملكا مطلقا أو يدعى الشراء من المدعى عليه لا يحلفه، لأن فائدة التحليف النكول، ولو نكل للثانى بعدما نكل للأول لايصح نكوله للثانى على الأول فلا يبطل ذلك القاضى. ولو كان الثانى يدعى غصبا حلفه لأنه لو نكل للثانى يضمن له القيمة أ هـ أقول: وعلى هذا يخرج جواب مسألة الوديعة التى فى آخر الوديعة من الكنز، وانظر التبيين.

(٢) ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فأنكر المدين المدعى عليه فلا يستحلف، لأنه لو نكل يلزمه دفع الدين للوكيل وربما كان فى هذا ضرر له لأن الموكل ربما أنكر الوكالة عند حضوره فيضيع على المدين مادفعه إلى الوكيل إذا هلك عنده بدون تعد ولا إهمال لأنه أمين على زعمه.

(٣) ادعى على رجل شيئا وأراد استحلافه فقال المدعى عليه هو لابنى الصغير فلا يحلف لأنه لما أقر به للصبى ظهر أنه من مال الصبى ولا تتوقف صحة الاقرار على تصديقه فلا فائدة إذا فى تحليف الأب بعد هذا الاقرار. لأنه يحلف إذا على مال

---

(٥) الغيت المواد ١٩٨، ٢٠٠، ٢٠١ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

غيره، أو لأن نكوله رجوع عن اقراره، وكل ذلك لايصح. وإذا يتحمل المدعى عبء الاثبات.

(٤) اشترى أب لابنه الصغير دارا ثم اختلف مع الشفيع فى مقدار الثمن فالقول للأب بلا يمين، وذلك لأن الثمن مال الصبى فلا يستحلف الأب عليه.

(٥) إذا وهب لرجل شيئا وأراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه لأن دعوى الموهوب له الهلاك اخبار منه بهلاك ملكه ومن أخبر بهلاك شئ من ملكه فلا وجه لايجاب اليمين عليه فلو عين الواهب عينا وقال: هذه هى التى وهبتها لك لا ما ادعيت هلاكه وأراد استردادها وأنكر الموهوب له ذلك فإنه يحلف.

(٦) إذا قال الواهب انى اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشترطه فالقول له بلا يمين لأن الأصل فى الهبة أن تكون بلا عوض.

(٧) إذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة بأعيانهم فجاء غريم آخر وادعى على الوارث دينا لنفسه لا يحلف الوارث لأنه لو أقر لا يقبل اقراره فى حق الغرماء المعينين للتهمة.

(٨) إذا كان الوارث صغيرا وادعى شخص دينا على تركة المتوفى فلا يحلف الصبى بل تؤخر اليمين حتى يدرك (وقد قدمت فى كتاب الدعوى ما يتعلق بتحليف الصبى).

(٩) رجل مات وترك ألف درهم وعليه لرجل ألف درهم فادعى انسان أن الألف التى تركها الميت وديعة له عنده وأنكر الورثة والدائن دعواه فلا يمين عليهم لأنه لا يفيد نكولهم إذ لا يصح اقرارهم أما الورثة فلأن الدين مقدم على حقهم فى الارث فلا ينفذ اقرارهم على الدائن. وأما الدائن فلأن حقه ليس فى عين التركة بل هو متعلق بالتركة من حيث ماليتها فى الجملة، فلا ينفذ اقراره فى شىء بعينه لأنه لا يملكه ولو كان مكان الدائن موصى له بالثلث يصح اقراره على نفسه ويبطل حقه لأنه ثلث عين التركة، واقراره بها لمدعى الوديعة تضمن اعترافه بأنه لم يبق له

شيء من الموصى به فيبطل حقه بالضرورة.

(١٠) اشترى الوكـيل شيئا فظهـر به عيب فأراد الموكل رده بالعيب فـادعى عليه البـائع انك رضيت بالعـيب فلا يحلف الموكل، لأن الرد بالـعيب من حـقوق العـقد وهى تثبت للوكـيل مادام حيا ثم لـوصية أو وارثة بعده فـإذا مات ولم يكن له وصى ولا وارث رجعت الحقوق إلى الموكل [انظر كتاب الوكالة].

ولتراجع بقية المسائل هناك.

وقد نقل منها فى شرح المجلة جملة صالحـة. وان ما قاله الفقهاء فى هذه المسائل وأشباهها يدل على دقة فى النظر وقدرة عظيـمة على تحليل المسائل أدق تحليل وسعة فى التصرف فى طرق الاستنباط حتى انهم ليكادون يذكرون كل الصور العقلية لكل مـسألة وتفـصيل كل مـا يعـرض لها وشـرحه شـرحا وافـيا. وياليت المتأخـرين منا يسلكون مسلك المتقدمين إذا لكانت ثروتنا الفقهيـة لا يعدلها مجموع ثروات العالم كله فى التشريع.

الفصل العاشر

القضاء بشاهد واحد ويمين المدعى

إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر فعلى قول الشافعى ومن معه يحلف المدعى ويقضى له بشاهده ويمينه(١).

وعلى قول أصحابنا ومن وافقهم لابد له من شاهد آخر.

قال فى التبيين. إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له على ما ذهب إليه الشافعى ومالك وأحمد وأهل الحجاز، لما روى أنه عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد. ولنا ما روينا أى حديث البينة على المدعى وحديث لو أعطى الناس بدعواهم وما رواه الشافعى ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ولأنه برواية ربعة عن سهيل بن أبى صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما.

وهذا كما يقال: ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير أ هـ.

أقول لما كانت هذه المسألة من الأهمية بمكان رأيت أن أذكر فيها أدلة الطرفين بنوع من البسط.. فأقول:

استدل الشافعى ومن معه بعدة أحاديث رواها نيف وعشرون من الصحابة رضى الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بشاهد ويمين (منها) مارواه

---

(١) التبصرة جزء أول ص٢١٧.

أحمـد ومسلـم وأبو داود وابن ماجـه عن ابن عبـاس أن رسول الله صلى الله علـيه وسلم قـضى بيمين وشـاهد. (ومنهـا) ما رواه أحـمد والـدارقطنى عن على بن أبى طالب أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بشـهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق (ومنها) ماروى عن ربيعة عن سهيل بن أبى صالح عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قـضى باليمين مع الشاهد الواحـد. رواه ابن ماجة والترمـيذى وأبوداود. إلى غير ذلك من الأحاديث. ولهذا ذهب جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى جواز الحكم بشـاهد ويمين، منهم الخلفاء الأربعة الراشـدون وأبى بن كعب وابن عـباس وعـمر بن عـبـدالعزيز وشـريح والشـعبى وربيـعة وفـقـهاء المدينة والناصـر والهادوية ومالك والشافعى.

واستدل أبوحنيـفة ومن معه بحديث: البينة على المدعى. فـفى هذا الحديث قسم بين الخصمين فجـعل البينة على المدعى واليمين على المنكر. والقسمـة تنافى الشركة لأنها تقتضى الخلط وعـدم التميز، والقسمـة تقتضى التمييز. ومن جهـة أخرى يفيد هذا الحـديث أن جنس البـينة على المدعى وجنس الايمـان على المنكرين، فـالمعنى أن جميع أفـراد البينة على المدعين وجميع أفـراد الايمان على المنكرين، فلو ردت اليمين على المدعى لزم المخـالفة لهـذا النص. واسـتدلوا أيضـا بقوله تعـالى «واسـتـشهـدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء» وقوله تعالى « واشهدوا ذوى عدل منكم » فالقضاء بشاهد ويمين مخالف لكتاب الله وللسنة المشهورة فيجب أن يرد. قال فى التنوير والدر (فى الكلام على ما لا ينفذ من قضاء القاضى) مانصه: ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته للحديث المشهور (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) أ هـ.

وممن ذهب إلى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين زيد بن على بن الحسين رضى الله عنهم والزهرى والنخعى وابن شبرمة والامام يحـيى وأبو حنيفة وأصحابه -رحمهم الله أجمـعين-. وقد ردوا على ما رواه الشافـعى بأنه ضعيف وأنه يحـتمل أن يكون معنـاه قضى تارة بشـاهد وتارة بيمين، ويحـتمل أن يكون المراد باليـمين يمين المدعى

عليه آخر ما نقلناه آنفا عن التبيين وهى ردود ضعيفة جدا كما لا يخفى يظهر لك ذلك مما تقدم ومما سيأتى.

واحتج للشافعى ومن معه بأن أحاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها ذلك الجمع العظيم من الصحابة واشتهرت بين المحدثين، وروى كثير منها فى الكتب الستة ما عدا صحيح البخارى. وأما حديث البينة على المدعى فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة؟ وأما إنكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة فسببه أنه أصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ونسى بعض حديثه فهو انما قال لا أحفظه ولا أتذكره، وهذا لا يضرنا بعد أن ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى عديدة بعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات.

وقال ابن العربى أظرف ما وجدت لهم فى رد الحكم بالشاهد واليمين أمران. (أحدهما) أن المراد قضى بيمين المنكر مع شاهد الطالب، والمراد أن الشاهد الواحد لا يكفى فى ثبوت الحق فتجب اليمين على المدعى عليه فهذا هو المراد بقوله قضى بالشاهد واليمين. وهذا جهل باللغة لأن المعية تقتضى أن تكون بين شيئين من جهة واحدة لا فى المتضادين. (ثانيهما) حمله على صورة مخصوصة وهى أن رجلا اشترى من آخر عبدا فادعى المشترى أنه ما اشتراه بالبراءة ويرد العبد. ورده بأن هذا نادر والخبر لا يحمل على النادر.

ودعوى أن القضاء بشاهد ويمين مخالف لكتاب الله تعالى دعوى غير صحيحة لأن عدم ذكر الشاهد واليمين فى الكتاب لا يستلزم عدم صحة القضاء بهما خصوصا وقد وردت بذلك السنة الصحيحة. قال ابن القيم: والذى يجب على كل مسلم أن يعتقده أنه ليس فى سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة واحد تخالف كتاب الله بل السنن مع كتاب الله على ثلاث منازل «المنزلة الأولى» سنة موافقة شاهدة بنفس ما شهدت به الكتب المنزلة «المنزلة الثانية» سنة تفسر الكتاب وتبين مراد الله وتقيد مطلقه «المنزلة الثالثة» سنة متضمنة لحكم سكت عنه الكتاب فتبينه بيانا مبتدأ. ولا يجوز رد واحد من هذه الأقسام الثلاثة. وليس للسنة من

كتاب الله منزلة رابعة. أ هـ. وقال ابن تيمية: القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين فى طرق الحكم التى يحكم بها الحاكم وانما ذكر هذين النوعين من البينات فى الطرق التى يحفظ بها الإنسان حقه. قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل، واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء» [الآية] فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب وأمر من عليه الحق أن يمل الكتاب فإن لم يكن ممن يصح املاؤه أملى عنه وليه. ثم أمر من له الحق أن يستشهد على حقه رجلين فإن لم يجد فرجل وامرأتان. ثم نهى الشهداء المتحملين للشهادة عن التخلف عن اقامتها إذا طلبوا لذلك. ثم رخص لهم فى التجارة الحاضرة ألا يكتبوها ثم أمرهم بالاشهاد عند التبايع ثم أمرهم إذا كانوا على سفر ولم يجدوا كاتبا أن يستوثقوا بالرهان المقبوضة. كل هذا نصيحة لهم وتعليم وارشاد لما يحفظون به حقوقهم. وما نحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والرجل والمرأتين فإن الحاكم يحكم بالنكول ولا ذكر له فى القرآن فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفا لكتاب الله فالحكم بالنكول أشد مخالفة أ هـ.

وما قيل فى الآية المتقدمة يقال مثله فى قوله تعالى: «وأشهدوا ذوى عدل منكم» أى عند الرجعة والفرقة لأجل قطع التنازع. وهو أمر للندب أو للوجوب على الخلاف.

قال الشوكانى قال الشافعى: القضاء بشاهد ويمين لا يخالف ظاهر القرآن لأنه لا يمنع أن يجوز أقل مما نص عليه يعنى والمخالف لذلك لا يقول بالمفهوم أصلا فضلا عن مفهوم العدد.

وقال أبوعبيد أن القضاء بشاهد ويمين هو الذى نختاره اقتداء برسول الله صلى

الله عليـه وسلم واقتـصاصا لأثره ولـيس ذلك مخالـفا لكتاب الـله عند من فهـمه. والسنة مفـسرة للكتـاب ومترجـمة عنه وعلى هذا كثـير من الأحكام التى أخـذنا بها نحن ومن خالفنا فى الشاهد واليمين كقوله صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث» والنهى عن نكاح المرأة على عـمـتهـا وخالتـها والتـحريـم من الرضـاع ما يحـرم من النسب وقطع التوارث بين أهل الإسـلام وغيرهم وايجابه على المطلقـة ثلاثا مسيس الزوج الآخر -فى شرائع كثيرة لا يوجد لفظها فى ظاهر الكتاب ولكنها سنن شرعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلى الأمة اتباعها كاتباع الكتاب. وكذلك الشاهد واليـمين لما قضى رسـول الله صلى الله عليـه وسلم بهمـا وانما فى الكتاب «فـرجل وامرأتان» فـعلم أن ذلك إذا وجدنا فإذا عـدمنا قـامت اليمين مقـامها كـما علم حين مسح النبى صلى الله عليـه وسلم على الخفين أن قوله تعـالى: «وأرجلكم» معناه أن تكون الأقدام بادية وكذلك لما رجم المحصن فى الـزنا على أن قوله تعالى: «فاجلدوا كل واحـد منهم مائة جلدة» للبكـرين وكذلك مـا ذكرنا من السنن فـما بال الشـاهد واليمـين ترد من بينها. أ هـ. قـال الشوكـانى فإن قالوا ان الأحـاديث التى أخذنـا بها شهـيرة فوجب الـعمل بها لشـهرتها، قـيل لهم وأحاديث القـضاء بالشـاهد واليمين رواها نيف و عشرون صحابيا وفيها ما هو صحيح فأى شهرة تزيد على هذه الشهرة.

قال الشـوكانى: أقول جمـيع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين غـير نافق فى سـوق المناظرة عند من له أدنى المام بالمعـارف العلميـة وأقل نصيب من انصـاف. فـالحق أن أحــاديث العـمل بشــاهد ويمين زيادة على مــا دل عليـه قـوله تـعـالى: «واستشهدوا شهيـدين» الآية وعلى ما دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم «شاهداك أو يمينه» وهذه الزيادة غير مـنافية للأصل فقبـولها محتم. وغاية مـا يقال على فرض التعـارض -إن كان فرضـا ثابتا- ان الآية والحديث المـذكورين يدلان بمفهـوم العدد على عدم قـبول الشاهد واليمين والحكم بمجـردهما، وهذا المفهوم المردود عنـد أكثر أهل الأصـول لا يعارض المنطوق وهو مـا ورد بالعـمل بشاهد ويمين. على أنه يقـال العمل بشهادة الرجل مع المرأتين مخالف لمفهوم حديث «شاهداك أو يمينه» فإن قالوا

قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية الكريمة قلنا ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب (يعنى الواردة فى باب الحكم بالشاهد واليمين) هذا على فرض أن الخصم يعمل بمفهوم العدد، فإن كان لا يعمل به أصلا فالحجة عليه أوضح وأتم أ هـ.

فانظر وفقك الله وأرشدك وألهمك الصواب إلى مسألة الحكم بالشاهد و اليمين كيف قالت فيها الحنفية ومن وافقهم ببطلان الحكم وعدم نفاذه بدعوى مخالفته للسنة المشهورة مع أن الحق ليس فى جانبهم بل هو فى جانب خصومهم فى هذه المسألة كما يظهر لك ذلك مما تقدم ومن مراجعة ما أملاه الشافعى رضى الله عنه فى الأم وما قاله غيره.

ومما ينبغى أن أقوله هنا وقد قلته مرارا فى مواضع متعددة أن العلماء الذين جاءوا بعد الأئمة المجتهدين أصحاب المذاهب الأربعة المدونة كان الواجب عليهم بدل أن يتعصب كل منهم لمذهب امام معين أن يلتمسوا الحق جهد الاستطاعة فأنّى وجدوه أخذوا به سواء أكان فى ناحية الشافعى أم كان فى جانب أبي حنيف أم كان مع غيرهما كائنا من كان.

انهم لو فعلوا ذلك لأصبحت كتب الفقه ممحصة الأحكام ناطقة بالحق فى كلياتها وجزئياتها.

فعسى الله أن يوفقنا جميعا لتدارك ما فات ويلهمنا الصواب ويمدنا بمعونته وتوفيقه حتى يرجع إلى الإسلام مجده وتظهر شريعته المطهرة للناس كافة بمظهرها الجميل الرائع ويعلم الناس أنها أعدل وأحكم شريعة أخرجت لهم.(٢)

---

(٢) وانظر من باب الذكرى ما قاله أبو الحسن الكرخى من متقدمى أئمة المذهب الحنفى فى أصوله فيما إذا خالفت نقول المذهب (من حيث الظاهر) آيات الكتاب العزيز أو السنة المطهرة ثم انظر ما قاله السيد صديق خان -رحمه الله- فى كتابه أدب المفتى فى الفائدتين الثامنة والعاشرة بعد المائة، وكذا ما ورد فى كتاب طلب الأدب الذى لخصه المولوى محمد عبدالصمد من كتاب أدب الطلب للامام الشوكانى. وهذا الكتاب مطبوع بامارة بهوبال بالهند مع ظفر اللاضى وأدب المفتى للسيد صديق خان سنة ١٢٩٥ هجرية.

ولولا خوف الاطالة لذكرت كل ذلك هنا. والله الموفق الهادى إلى الصواب.

الفصل الحادى عشر

أحكام اليمين قانونا
مقارنة بالشريعة الاسلامية

وردت أحكام اليمين فى قانون الاثبات فى المواد من ١١٤ - ١٣٠.

وهاك جملة القول فى ذلك مقتصراً على مايناسب المقام هنا.

اليمين القضائية واليمين غير القضائية:

تنقسم اليمين قانونا الى قضائية، وغير قضائية:

فالقضائية هى التى تؤدى فى مجلس القضاء.

وغير القضائية هى التى لاتكون فى مجلس القضاء.

اليمين غير القضائية:

ليس لهذه اليمين أحكام خاصة فى القانون، بل تتبع فى شأنها القواعد العامة:

فاذا كان المحلوف عليه قيمته لاتتجاوز خمسمائه جنيه جاز اثبات إتفاق الدائن والمدين على ذلك بشهادة الشهود، وان كانت القيمة أكثر من ذلك وجب اثبات الاتفاق بالكتابة..

وأما اثبات نفس الحلف فيجوز بشهادة الشهود لأنه أمر محسوس.

وأقول إذا كان الحالف قد حلف على ثبوت الحق فى ذمته فهذا اقرار منه مؤكد باليمين، والاقرار خارج مجلس القضاء يجوز إثباته شرعاً بشهادة الشهود، على ما أسلفنا وإذا كان قد حلف على نفى الحق ورضى الدائن بذلك، ثم رفع الدائن دعوى يطالب فيها ذلك المدين الحالف بما كان ادعاه عليه فان هذه الدعوى تسمع منه شرعاً، ولاعبرة بحلف المدين من قبل وليس له أن يدفع الدعوى بذلك حتى لو كان الحلف بمجلس القضاء على قول جمهور فقهاء الشريعة وكذا ان كان من وجهت اليه اليمين نكل عنها فلا عبرة بنكوله لأنه لم يحصل بمجلس القضاء.

اليمين القضائية:

تنقسم هذه اليمين قانوناً الى حاسمة (١) ومتممة. فاليمين الحاسمة هى التى يوجهها أحد الخصمين الى الآخر حسما للنزاع بينهما. وهى بمنزلة الصلح بينهما، أو كتحكيم من أحدهما لذمة الآخر فى الموضوع الذى يتنازعان فيه. واليمين المتممة هى التى يوجهها القاضى الى أحد المتخاصمين باختياره ليستكمل بها الأدلة ويتم بها اقتناعه قبل نطقه بالحكم.

أحكام اليمين الحاسمة:

اذا أعوز المدعى الدليل ونفد مافى كنانته لم يبق له ملجأ الا توجيه اليمين الى المدعى عليه بواسطة القاضى فان حلف المدعى عليه على نفى دعوى المدعى رفضت دعوى المدعى رفضاً نهائياً وانحسم النزاع بينهما فلا يقبل دليل من المدعى بعد ذلك لثبوت دعواه، أى دليل كان للمعنى الذى أسلفنا فى نظر فقهاء القانون واذا نكل المدعى عليه حكم للمدعي بما ادعى وللمدعى عليه أن يرد اليمين على المدعى فان حلف المدعى المردودة عليه اليمين قضى له بما ادعى مما حلف عليه، وان نكل رفضت دعواه.

وليس للمدعي أن يرد اليمين ثانية على المدعى عليه الا اذا كانت العبارة قد عدلت. مثال ذلك أن يطلب المدعى من القاضى أن يحلف المدعى عليه على أنه ليس فى ذمته الدين المدعى به فيرد المدعى عليه اليمين على المدعى معدلاً فى الكلام فيطلب منه أن يحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق للمدعى عليه على المدعى فان ردت اليمين على هذا الوجه اعتبر ذلك توجيها ليمين جديدة. فيجوز للمدعى أن يردها ثانية على المدعى عليه ليحلف أن له حقا قبل المدعى تقع به المقاصة.

أهلية من يوجه اليمين ومن نوجه اليه:

يشترط فيمن يوجه اليمين الى خصمه أن يكون مالكا

(١) وسميت فى ترجمة القانون الفرنسى يمين الفصل.

للتبرع (٢) بالحق المطلوب الحلف عليه لأنه بتوجيهه اليمين الى خصمه قد أسقط الحق اذا حلف الخصم وعلى ذلك لايجوز للوصى ولا للقيم ولا لناظر الوقف توجيه اليمين الى المدعي عليه الا باذن من المجلس الحسبى بالنسبة للوصى والقيم (٣)، وانظر كتابنا فى الوقف. وكذلك الوكيل عن الخصم لايجوز له توجيه اليمين الا باذن من الموكل. ورد اليمين كتوجيهها فى ذلك.

ويشترط فيمن توجه اليه اليمين أن يكون هو الأصيل فى الدعوى لانائبه، وأن يكون أهلا للتبرع وقت حلفه اليمين، فلو كان أهلا لذلك وقت توجيه اليمين ثم حجر عليه قبل الحلف لا يجوز له أن يحلف بعد الحجر.

وقد تقدم أن الذي يوجه اليمين هو أحد الخصمين الى الآخر، لكن بواسطة القاضى، ولكن للقاضى أن يرفض توجيه اليمين اذا كانت الواقعة المراد الحلف عليه غير محتملة الصدق (٤) وكذبتها مستندات أخرى فى الدعوى (٥) أو كانت الواقعة ثابتة دون حاجة الى حلف اليمين.

وكل حق يدعى به يصلح أن يكون موضوعا لليمين الحاسمة بشرط أن يترتب على اليمين فائدة وعلى هذا لاتطلب اليمين على مايخالف النظام العام أو الآداب كدين قمار أو ربا فاحش (٦) أو نسب (٧) كذلك لايصلح توجيه اليمين الحاسمة بالنسبة للطلبات الأصلية مع حفظ الحق فى طلبات احتياطية، لبقاء النزاع وعدم انحسامه.

(٢) لايشترط هذا شرعاً لأن خصمه لو نكل فقد ثبت الحق ولو حلف فهو لايخسر الدعوى بخلاف القانون.

(٣) وهذا جائز شرعا دون اذن لأن المدعى عليه لو نكل ثبت الحق وحصل المقصود واذا حلف فكل من الوصى والقيم باق على دعواه فاذا ظهر لاحدهما بينه بعد ذلك قدمها الى المحكمة وهذا بخلاف القانون ويقال مثل هذا بالنسبة لناظر الوقف لو كان مدعياً أمام القضاء الشرعى أما أمام القضاء الأهلى فلا.

(٤) مذهب أهل المدينة وابن تيمية (أنظر الطرق الحكمية).

(٥) الا عند من منع وجود بينه للمدعى شرعاً (أنظر ماتقدم تحت عنوان متى توجه اليمين).

(٦) بل لاتسمع الدعوى أصلا بشىء من ذلك.

(٧) دعوى النسب تسمع بشروطها المبينة فى المادة ٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، وكذا حال حياة المدعى عليه النسب بدليلها الشرعى والنظامى.

لكن لو كان المدعى جملة أشياء وطلب اليمين على بعضها جاز ذلك لانحسام النزاع بالنسبة له، والذى يطلب منه الحلف على البتات هو نفس من عليه الحق فلا يحلف غيره الا على عدم العلم إذا أجاز القانون ذلك مثاله أن توجه يمين الى وارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى به فلا يلزم الوارث أن يحلف على ذلك. وانما يجوز تحليفه على عدم العلم بالدين (أنظر ماتقدم فى التحليف على البتات والتحليف على العلم) وتسمى هذه اليمين الاستيثاق ويمين الاعتقاد(٨).

كيفية حلف اليمين

يقسم الحالف على نفى أو ثبوت المحلوف عليه ويذكر ماهومطلوب الحلف عليه بالصيغة التى وجهت بها اليمين وكان القانون المختلط قد نص على أن الحالف يرفع يده اليمنى وقت الحلف، وأما قانون الاثبات فهو خلو من ذلك (٩).

ويجوز للحالف أن يؤدى اليمين على حسب ديانته اذا طلب ذلك، واذا لم يطلب حلف بالصيغة التى وضعها القانون. وإذا كان لمن طلبت منه اليمين مانع يمنعه من الحضور إلى المحكمة لأدائها جاز انتداب أحد قضاة المحكمة المطلوب منها الفصل فى الدعوى أن يذهب اليه ويحلف اليمين حيث

هو، ويثبت الحلف فى محضر يوقع عليه كل من الحالف والقاضى وكاتب المحكمة المرافق للقاضي، واذا كان محل الخصم المراد تحليفه بعيدا عن مركز المحكمة جاز لها أن تحيل استحلافه على المحكمة الجزئية المقيم بدائرتها.

أحكام اليمين المتممة:

الذى يوجه اليمين المتممة الى أحد الخصمين هو القاضى نفسه (١٠) لاستكمال

---

(٨) وهى غير يمين الاستظهار الشرعية لأن يمين الاستظهار يحلفها المدعى بعد اثبات حقه بالبينة.

(٩) جرت العادة فى المحاكم ان يكون الحلف بلفظ (والله العظيم) وراجع ماتقدم فى تحليف غير المسلم.

(١٠) وعلى هذا لا تكون اليمين المتممة الا بمجلس القضاء وهى لا توجد فى المحاكم الشرعية الا اذا اعتبرنا يمين الاستظهار يمينا متممة.

أدلته ويشترط أن يكون الخصم الذى وجهت اليه تلك اليمين قد قدم أدلة ناقصة فيلتمس القاضى ما يكملها لطمأنينة نفسه وراحة ضميره، اذ هو لا يستطيع رفض ما ادعاه الخصم لأن دعواه ليست خالية من الدليل، ولا يستطيع أن يقضى له لعدم كفاية أدلته فيوجه اليه اليمين ليستكمل بها أدلته.

وعلى هذا اذا كانت أدلة الخصم كافية فى الدعوى أو فى دفعها فلا محل اذا لليمين، وكذلك اذا لم يكن للخصم أدلة أصلا فلا معنى لتوجيه تلك اليمين اليه، لأنها أى شئ تتمم؟ فلو وجهها القاضى الى الخصم كانت يمينا حاسمة، وهى ليست من حق القاضى بل هى من حق الخصم كما أسلفنا.

ولا يشترط أن يكون الدليل الناقص الذى يقدمه من يطلب منه الحلف دليلا كتابيا كما يتبادر، بل يجوز أيضا أن توجه تلك اليمين اذا كان الدليل شهادة أو قرينة.

وللقاضي أن يوجه اليمين الى أى الخصمين يشاء، على ما يري، اما للدائن حتى يثبت حقه، واما للمدين حتى يثبت براءته من الدين، ويزن القاضى أدلة كل منهما فمن رجحت أدلته منهما فى تقديره وجه اليه اليمين، واذا تساوت أدلة كل منهما كان الأولى هو توجيه اليمين الى المدين، لأن الأصل هو براءة الذمة. وربما لا يقتنع القاضى ولا تطمئن نفسه بعد توجيه هذه اليمين، فلا ينحسم النزاع، وللقاضى أن يرجع عن توجيهها اذا وجد أدلة أخرى تغنيه عنها.

وفى هذا القدر كفاية هنا وقد إستوفى هذا الموضوع استيفاء تاما فى مراجع شرح قانون الاثبات.

ومن كل ما سلف فى الشهادة والاقرار واليمين نرى أن جملة ما قاله فقهاء القانون لم يخرج عن جملة ما قاله فقهاء الشريعة. والله الموفق.

(تتمة) القوانين المصرية لا تجيز تحليف المتهم فى المسائل الجنائية منعا لوقوعه فيما لا يحمد بمخالفة ذمته أو ضررة خلافا للقوانين الانجليزية فى هذا، فاذا لم تكن أدلة الاتهام كافية فلا يمين على المتهم عندنا فى محاكم الجنايات، واذا أراد المدعى بالحق

المدنى أن يرفع دعوى مدنية على المتهم جاز لـلمحكمة المدنية أن تسمع هذه الدعوى وأن توجه اليمين الحاسمة الى المدعى عليه، وليقارن هذا بما تقدم من تحليف السارق.

ويرى شيخ الاسـلام ابن تيمـية (فى اخـتياراته) أن المدعـى عليه اذا كان متـهـما بارتكاب كـبيرة لا يـرضى منه باليمين، فـلا يحلف. وعلل ذلك بأن من اسـتحل أن يقتل أو يسرق استحل أن يحلف كذبا ولاسيما عند خوف العقوبة الشرعية.

الفصل الثانى عشر

نبذة تاريخية

اليمين فى اللائحة الشرعية

رأيت الابقاء على هذا البحث كما جاء فى الطبعات السابقة لما إحتواه من فائدة، ولمن أراد الإستزادة.

تكلمت اللائحة الشرعية فى اليمين والنكول ابتداء من المادة (١٩٧) الى المادة (٢٠٦) (١) وهاك بيانها وشرحها بقدر الحاجة.

المادة (١٩٧) اذا عجز المدعى عن اثبات دعواه، أو اعتبر عاجزا وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول أ هـ هذه المادة هى المادة ١٩٨ من لائحة سنة ١٩١٠ بنصها وأقول ان حكم المذهب أن المدعى عليه اذا حلف بطلب المدعى من القاضى تحليفه منع المدعى من دعواه ومن تعرضه للمدعى عليه بعد ذلك، وكان القضاء بذلك قضاء ترك (أنظر ما تقدم) فاذا أراد المدعى أن يأتى ببينة جديدة على دعواه بعد هذا القضاء سمعت دعواه وبينه سواءٌ أكان قد حصر شهوده فى الدعوى السابقة ورفضت شهادة من شهد، أو كان قد قال ليس لى شهود وهذا على قوله محمد الذى عليه المتون كما أسلفنا وأما على قول الامام الذى اختير فى المادة (١٩١) فلا تسمع البينة بعد الحلف أو بعد قضاء الترك المبنى عليه فى تينك الصورتين، والا سمعت كما قدمنا وهناك ترى الخلاف فى أن بينة المدعى تسمع او لا تسمع بعد حلف المدعى عليه اليمين، كما هو الشأن فى اليمين الحاسمة قانونا. ومن هذا ترى أن كلمة المذهب اتحدت فى سماع بينة المدعى بعد حلف المدعى عليه ومنع المدعى من دعواه بعد ذلك اذا لم يكن المدعى قد قال من قبل لا شهود لى ولم يحصر شهوده. وعلى هذا يجب على قضاة المحاكم الشرعية أن يسمعوا بينة المدعى

---

(٤٩) الغيت المواد ١٩٧ ـ ٢٠٦ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

والغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ واللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

بعد قضاء الترك، على ما بينا عملا بالمادة (٢٨٠) وهنا يخالف الحكم الشرعى الحكم القانونى كما أسلفنا. وأما اذا نكل المدعى عليه فان القاضى يحكم عليه بنكوله ويكون القضاء فى هذه الحالة قضاء استحقاق وهناك تتمة أحكام هذه المسألة، فلا داعى الى التكرار.

المادة (١٩٨) لا يعتبر الحلف أو النكول الا اذا كان أمام المحكمة أو أمام من يندب لذلك من القضاة أ هـ.

هذه المادة هى بعينها المادة (١٩٨) من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء فى مذكرتها الايضاحية ما نصه: المادة ١٩٨ جديدة بين فيها حكم شرعى وهو اعتبار الحلف والنكول أمام من يندب من القضاة، وقد لا يتنبه له بعض القضاة فتضيع الحقوق فى بعض القضايا أ هـ.

المادة (١٩٩) يجب على المحكمة أن تبين فى محضرها الوقائع التى يستحلف الخصم عليها وعلى من توجهت عليه أن يحلف كما قررت المحكمة أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة ١٩٩ من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما نصه المادة ١٩٩ تشتمل على حكم نظامى قصد بوضعه تنبيه المحاكم اليه للعمل به لتكون المحاضر مشتملة على كل الوقائع التى حصلت أمام المحكمة ومذكورا بها كل ما صدر من الخصوم وما صدر من المحكمة ليحصل المقصود من وضع المحاضر وقد كانت المحاكم لا تذكر بمحاضرها الوقائع التى يستحلف الخصم عليها بل كانت تقتصر فى محاضرها على قولها ـ (وطلب المدعى تحليف خصمه فحلفناه فحلف كما استحلف شرعا) وهى عبارة مجملة لا يظهر منها ما استحلف عليه، ولا ما طلب المدعى التحليف عليه وكثير من القضاة يحلفون الخصم ولا يعلمون تفاصيل الوقائع التى طلبوا من الخصم الحلف عليها، ولا يعلم الخصم أيضا ذلك، ولا يطلبون معرفتها ولا البحث فيها، ولا يهتمون بذلك اعتمادا على ذكر هذه العبارة المجملة أهـ.

والحلف يكون بالله تعالى (أنظر ما تقدم ففيه الكفاية) ويجب أن يشتمل المحضرعلى الصيغة التى أديت بها اليمين.

المادة (٢٠٠) اذا كان لمن توجهت عليه اليمين عذر منعه عن الحضور تنتقل المحكمة أو تندب أحد قضاتها لتحليفه بحضور الخصم الآخر، واذا تخلف طالب اليمين عن الحضور فى الميعاد المحدد مع علمه به جاز تحليف الخصم الآخر فى غيبته. واذا كلف من توجهت عليه اليمين بالحضور لحلفها، ولم يحضر بعد اعلانه بالحضور، ولم يبد عذرا شرعيا اعتبر ناكلا أهـ.

هذه المادة هى المادة ٢٠٠ من لائحة سنة ١٩١٠ بعد تعديل فيها، وهاك نصها. اذا كان لمن توجهت عليه اليمين عذر منعه عن الحضور تنتقل المحكمة أو تندب أحد قضاتها لتحليفه بحضور الخصم الآخر. واذا كلف من توجهت عليه اليمين بالحضور لحلفها ولم يحضر وتكرر ذلك منه بعد اعلانه بالحضور مرتين ولم يبد عذرا شرعيا اعتبر ناكلا أهـ.

وجاء فى المذكرة الايضاحية أن هذه المادة بيان لحكم شرعى للعمل به لما فيه من التسهيل على الخصوم، وقد يخفى على بعض القضاة أهـ.

والعذر قد يكون بمرض ونحوه وقد جاء فى النص القديم الاعلان بالحضور مرتين، ثم حذف هذا القيد من النص الجديد الحالي، ويظهر لى أن السبب فى هذا هو أن النص السابق بنى على الاحتياط، قال فى الدر المختار والفتاوى الهندية ان عرض اليمين يكون ثلاث مرات لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء العذر. أما المذهب فهو انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز، وهو الصحيح والأول أولى أهـ.

وقد رجع النص الجديد الى أصل المذهب، ولم يبال بالاحتياط، وهو فى ذلك موافق لما جاء فى المجلة العدلية فى المادة (١٧٥١) وقد زاد النص الجديد أن طالب اليمين اذا تخلف عن الحضور فى الميعاد المحدد مع علمه به جاز تحليف الخصم الآخر فى غيبته أهـ.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للائحة الحالية ما نصه:

قضت اللائحة القديمة بوجوب حضور طالب اليمين عند انتقال المحكمة

لتحليف من توجهت عليه اليمين. فكان يتغيب طالب اليمين ويمتنع عن التحليف، وقد يتكرر ذلك فتطول الاجراءات. فرئى جواز التحليف فى غيابه اذا تخلف عن الحضور مع علمه بالميعاد المحدد لتحليف أهـ.

وجاء فيها أيضا بعد ذلك ما نصه: وقضت بألا يعتبر المطلوب تحليفه ناكلا عن اليمين الا اذا تخلف عن الحضور بعد اعلانه مرتين، فاكتفي فى التعديل بإعلانه مرة واحدة، تقصيرا للإجراءات أهـ وقد أورد فى شرح اللائحة اعتراضا على اعتبار تخلف الخصم المطلوبة منه اليمين ناكلاً، لأن اليمين لم تعرض عليه بمجلس القضاء ولم ينكل عنها. وأجاب عن ذلك بأنه لو لم يعتبر تخلفه مع العلم وعدم العذر نكولا لجر ذلك إلى بقاء الدعوى قائمة على الدوام. إذ الخصم امتنع وليس فى الاستطاعة إحضاره بالقوة. فلم يبق سبيل إلى إعطاء الحقوق لأربابها إلا إنذاره، فإذا تخلف كان من العدل عده ناكلا لخروجه على القانون أهـ ولا شك أن هذا جواب حسن ونعم ما صنعت اللائحتان الشرعيتان .

المادة (٢٠١) إذا كان من توجهت عليه اليمين خارجا عن دائرة المحكمة جاز لها أن تحيل استحلافه على المحكمة الجزئية التى يكون بدائرتها أهـ.

هذا هو نص اللائحة الحالية وأما نص المادة ٢٠١ من اللائحة السابقة فهو (إذا كان من توجهت عليه اليمين خارجا عن دائرة المحكمة جاز لها أن تحيل استحلافه على المحكمة التى يكون بدائرتها ولتلك المحكمة الأخرى أن تحلفه أمامها أو تندب أحد قضائها لذلك) أهـ.

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للائحة الحالية أن اللائحة السابقة قضت بأنه فى حالة إقامة من توجهت عليه اليمين فى دائرة محكمة أخرى يحال استحلافه على المحكمة الابتدائية، وهذه تحيل الاستحلاف على المحكمة الجزئية التى يقيم فى دائرتها. فرئى اجازة إحالة الاستحلاف على المحكمة الجزئية مباشرة، اختصار للاجراءات أهـ.

وفى النص القديم بحث فى شرح اللائحة السابقة فراجعه إن شئت. وجاء فى المذكرة الإيضاحية لتلك اللائحة أنه قصد بوضع المادة ٢٠١ راحة الخصوم حيث لا

مانع شرعى أهـ.

المادة [٢٠٢] إذا اجتمعت دعاوي مختلفة يكفي فيها يمين واحدة على جميعها ولا يلزم التحليف لكل منهما على حدة أ هـ هذه المادة هى بعينها المادة ٢٠٢ من اللائحة السابقة. وقد جاء فى مذكرتها الايضاحية أن هذه المادة بيان لحكم شرعى قد يخفى على كثير من القضاة، والعمل به حافظ للأوقات من الضياع، ومفيد فى سير القضايا أهـ (وانظر ما قدمناه).

المادة (٢٠٣) يحلف القاضى الخصم فيما يكون فيه التحليف بلا طلب أهـ. أى من الخصم وهى المادة ٢٠٣ من اللائحة السابقة وإن اختلف التعبير إذ نص المادة السابقة (للقاضى أن يحلف الخصم فيما يكون فيه التحليف بلا طلب). انظر ما قدمناه.

المادة (٢٠٤) يعتبر من حلف الأخرس ونكوله اشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله يكون بها أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة ٢٠٤ من اللائحة السابقة وانظر ما تقدم وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أن المادة ٢٠٤ بيان لحكم شرعى قد يخفى على بعض القضاة فلا يعتبر إشارة الأخرس أو يعتبرها مطلقا ولو عرف الكتابة أهـ.

المادة (٢٠٥) لا يجوز التوكيل فى تأدية اليمين، ولا يجوز للوكيل فى الخصومة طلب اليمين من الخصم الآخر إلا بتوكيل خاص أهـ. هذه المادة هى بعينها المادة ـ ٢٠٥ من اللائحة السابقة.

المادة (٢٠٦) يجب أن يذكر بالمحضر فى جميع الأحوال صيغة اليمين التى حلفها من توجب عليه أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة – ٢٠٦ من اللائحة السابقة. وقد جاء فى مذكرتها الإيضاحية ما نصه: المادة ٢٠٦ يقال فيها ما قيل فى المادة ١٩٩ وبعض القضاة يجهل صيغة اليمين اللازمة فى الحادثة المنظورة أمامه لاختلافها شرعا باختلاف الحوادث، ويدارى جهله بذكر هذه العبارة المجملة (فحلف كما استحلف شرعا).

الباب السادس

القسامة

- معنى القسامة
- مشروعية القسامة
- كيفية القسامة
- سبب وشروط وجوب القسامة والدية
- الدية والعاقلة



الفصل الأول

معنى القسامة وفائدتها

الفرع الاول

معنى القسامة

معنى القسامة القسم أى اليمين.

تقول قسم فلان يقسم قسما وقسامة أى حلف .

ومعناها فى اصطلاح الفقهاء الايمان يقسم بها أولياء دم المقتول على استحقاقهم بدل دم صاحبهم، أو يقسم بها المتهمون على نفى القتل عنهم.

وتطلق القسامة على نفس الجماعة الذين يحلفون الايمان من حيث أن الايمان قسمت عليهم. وقد صارت القسامة حقيقة عرفية فى الايمان التى يحلفها المدعون أو المدعى عليهم القتل.

من أجل ذلك استحسنت أن اذكر القسامة عقب اليمين لما بينهما من المناسبة.

ولا ذكر للقسامة فى القوانين المصرية، ولا فى غيرها من سائر القوانين الوضعية على ماأعلم.

وقد كان منصوصا فى المادة (٥٦) من قانون تحقيق الجنايات ، على الدية .

وبمراجعة المادة (٧) من قانون العقوبات أنه لامانع من الحكم بالقسامة، وذلك لاستلزام الحكم بها الحكم بالدية .

والظاهر ان المحاكم الشرعية هى التى تنظر فى ذلك بمقتضى المادة (٨) من اللائحة الشرعية ويكون حكمها وفقاً للمادة (٢٨٠) من

تلك اللائحة (١).

وموضوع القسامة أن يعثر على قتيل فى مكان. أى مكان كان ولايدرى قاتله فتجرى بشأنه القسامة، على ماسيأتى.

---

(١) المادة (٥٦) يكون الاجراء فيما يتعلق بالتضمينات فى الأحوال التى تقضى فيها الشريعة الاسلامية بالدية بحسب الأحكام المقررة فى الشريعة المذكورة انما لاتتبع هذه الاحكام الا فى حق الاشخاص السارية عليهم أهـ. وانظر بحث الاستاذ القللى فى تعليقه على هذه المادة فى كتابة (اصول تحقيق الجنايات) وانظر رسالة الدكتوراه للدكتور على ابو هيف فى الدية. المادة (٧) «لاتخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء » أهـ. ولا شك ولا ريب ان الدية حق شخصى للمقتول تكون تركة بعد موته فتقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ومايتبقى فهو لورثته، وقد تكون كلها لورثته اذا خلت التركة من الديون والوصايا بعد تجهيزه.

المادة (٨) تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية الخ. ولاشك أن الديه والقسامة من المواد الشرعية . المادة (٢٨٠) تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة، ولأرجح الاقوال من مذهب ابى حنيفة، ماعدا الاحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها ان تصدر الاحكام طبقا لتلك القواعد أهـ وعلى هذا فأحكام القسامة والدية يرجع فيها إلى المذهب الحنفى عندنا.

الطبعة الرابعة: الغيت المادة ٥٦ من قانون تحقيق الجنايات المشار اليها باصدار قانون الاجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ ولم يتضمن نص يقابلها كما الغيت المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

الفرع الثاني

فائدة القسامة

وللقسامة فائدتان عظيمتان:

(أولاهما) تعظيم شأن الدماء وألا تذهب هدرا بالقدر المستطاع.

(والثانية) بعث روح اليقظة والانتباه فى أهل القرى والمحلات والمدن والاماكن الخاصة الى مايقع فيها أو قريبا منها من جرائم القتل منعا لها بالقدر الممكن، واشعار بالمسئولية الشاملة وبالتضامن وتقرير للأمن والضرب على ايدى اهل الدعارة والأشرار الذين يعيثون فى الأرض فسادا ومراقبتهم من جميع من لهم صلة بهم وتتبعهم داخلا وخارجا وذلك لشعور الجميع بالمسئولية المشتركة والتضامن.



الفصل الثانى

مشروعية القسامة

كانت القسامة فى الجاهلية (١) فأقرها الاسلام على ماذهب اليه جمهور فقهاء الشرع الإسلامى. وذهب فريق منهم إلى أنها غير مشروعة فى الإسلام.

---

(١) عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان رجل من بنى هاشم استأجره رجل من قريش من فخذ أخرى فانطلق معه فى ابله. فمر به رجل من بنى هاشم وقد انقطعت عروة جوالقه، فقال أغثنى بعقال أشد به عروة جوالقى، لاتنفر الابل. فأعطاه عقالا فشد به. فلما نزلوا عقلت الابل الا بعيراواحدا، فقال الذى استأجره مابال هذا البعير لم يعقل؟ فقال ليس له عقال. فقال أين عقاله؟ وحذفه بعصا كان فيها أجله. فمر به رجل من أهل اليمن فقال أتشهد الموسم؟ فقال ماأشهد، وربما شهدته. قال فهل أنت مبلغ عنى رسالة مرة من الدهر؟ قال نعم، قال اذا شهدت الموسم فناد يا لقريش فان هم أجابوك فناد يا لبنى هاشم فاذا أجابوك فاسأل عن ابى طالب فاخبره أن فلانا قتلنى فى عقاله، ومات المستأجر. فلما قدم الذى استأجره أتاه أبو طالب، فقال مافعل صاحبنا؟ قال مرض فأحسنت القيام عليه ووليت دفنه، قال قد كان أهل ذلك منك. فمكث حينا ثم ان الرجل الذى أوصى اليه وافى الموسم فقال يا لقريش، قالوا هذه قريش، قال يا لبنى هاشم، قالوا هذه بنو هاشم، قال اين أبو طالب، قالوا هذا ابو طالب، قال أمرنى فلان أن أبلغك رسالة أن فلانا قتله فى عقاله، فاتاه ابو طالب فقال اختر منا إحدى ثلاث، ان شئت أن تؤدى مائة من الابل فانت قتلت صاحبنا، وان شئت حلف خمسون من قومك أنك لم تقتله، فإن أبيت قتلناك به فأتى قومه فأخبرهم فقالوا نحلف، فأتت امرأة من بنى هاشم تحت رجل منهم قد ولدت منه فقالت يا أبا طالب أحب أن تجيز ابنى برجل من الخمسين ولاتصبر يمينه حيث تصبر الايمان، ففعل، فأتاه رجل منهم فقال ياأبا طالب أردت خمسين رجلا أن يحلفوا مكان مائة من الابل يصيب كل واحد منهم بعيران، هذان بعيران فاقبلهما. فجاء ثمانية وأربعون فحلفوا، قال ابن عباس رضى الله عنهما فوالذى نفسى بيده ماحال الحول ومن الثمانية والأربعين عين تطرف أهـ من تيسير الوصول عن البخارى والنسائى.

والفخذ دون القبيلة، وهو فرع منها. (تجيز) أى تأذن فى ترك اليمين (تصبر) بالبناء للمفعول أى يلزم بها المأمور بالحلف فيكره عليها ويحكم عليه بها. وتسمى هذه اليمين يمين الصبر.

احتج الجمهور بما رواه مسلم والنسائى عن أبى سلمة بن عبدالرحمن وسليمان بن يسار ان النبى صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية وقضى بها بين ناس من الأنصار فى قتيل إدعوه على يهود خيبر. وبما رواه الإمام أحمد عن أبى سعيد الخدرى قال وجد قتيل بين قريتين فأمر النبى صلى الله عليه وسلم فذرع بينهما فوجد إلى إحداهما أقرب فألقاه إلى أقربهما أهـ أى حملهم ديته. واحتجوا أيضا بالحديث المتفق عليه وهو ما رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن عن سهل بن أبى حثمة قال : انطلق عبدالله بن سهل ومحيصة بن مسعود إلى خيبر وهى يومئذ صلح، فتفرقا. فأتى محيصة إلى عبدالله بن سهل وهو يتشحط[٢] فى دمه قتيلا فدفنه. ثم قدم المدينة فانطلق عبدالرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة إبنا مسعود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبدالرحمن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم كبر كبر[٣] وهو أحدث القوم، فسكت، فتكلموا. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا كيف نحلف ولم نشهد ولم نر ؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يمينا، قالوا كيف نأخذ أيمان قوم غير مسلمين[٤] فعقله[٥] رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أهـ وقد روى هذا الحديث بألفاظ مختلفة ، فأخذ الجمهور من هذا الحديث ومن غيره ومن بعض الآثار عن عمر رضى الله عنه وغيره من كبار الصحابة أن القسامة لم ينسخها الإسلام بل أقرها واحتج[٦] القائلون بأن القسامة غير مشروعة فى الإسلام بأنها مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها فمنها

---

(٢) يضطرب

(٣) فعل أمر مكرر مرتين للتأكيد إذ المتكلم كان أصغر القوم سنا فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أن يقده الكلام من هو أكبر منه سنا تأدبا واحتراما من الصغير للكبير.

(٤) أنظر المهذب للشيرازى

(٥) أى دفع ديته وكانت مائة بعير من إبل الصدقة

(٦) أنظر بداية المجتهد.

أن الأصل فى الشرع ألا يحلف أحد إلا على ما علمه قطعا أو شاهده حسا. وإذا كان ذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد. والقتل فى بلد آخر. وقد روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبدالعزيز أذن للناس فدخلوا عليه، فقال ما تقولون فى القسامة ؟ فأضب القوم(٧) وقالوا نقول أن القسامة القود(٨) بها حق، قد أقاد بها الخلفاء. فقال ما تقول يا أبا قلابة، ونصبنى للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب ورؤساء الأجناد أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال لا. قلت أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه ؟ قال لا. قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت لشهادتهم؟ فكتب عمر بن عبدالعزيز فى القسامة أنهم أن أقاموا شاهدى عدل أن فلانا قتله فأقده، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا (٩) ومنها أن من الأصول أن الإيمان ليس لها تأثير فى أشاطه (١٠) الدماء. ومنها أن من الأصول أن البينة على من إدعى واليمين على من أنكر. وقالوا أنهم لم يروا فى تلك الأحاديث (١١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام، ولذلك قال لأولياء الدم أتحلفون خمسين يمينا الخ ما تقدم فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم، هى السنة.

وإذا كانت هذه الآثار ليست نصا فى القضاء بالقسامة، والتأويل يتطرق إليها

---

(٧) أى صاحوا ويقال أيضا أضب الناس أى سكتوا أو تكلموا، فهو من الأضداد

(٨) القصاص

(٩) وروى فى المغنى عن عمر بن عبدالعزيزأنه كتب إليه فى رجل وجد قتيلا ولم يعرف قاتله. فكتب إليهم أن من القضايا ما لا يحكم فيها إلا فى الدار الآخرة، وهذا منها أهـ.

(١٠) إشاطة الدماء إهدارها واراقتها تقول أشاط السلطان دم فلان، وبدم فلان أهدره.

(١١) أى التى وصل إليها علمهم، أو علموها ولم يأخذوا بها لجرح فى بعض رواتها أو علموها وتأولوها.

فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى.

وأجاب الجمهور عن هذا بأن القضاء بالقسامة سنة منفردة مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة، وقد ورد فى بعض الأحاديث أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة، وقضى بها عمر رضى الله عنه، واشتهر القضاء بها فى العصر الأول.

ونقل فى بداية المجتهد عن الإمام مالك أنه جعل العلة فى القسامة حوطة الدماء، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء (١٢).

وهاك جملة القول فى مذاهب العلماء القائلين بالقسامة.

قال الجمهور ومنهم مالك والشافعى وأحمد إذا وجد قتيل بين قوم أو فى محطة أو قريبا منها وكان هناك لوث وليس لأولياء دم القتيل بينة حلف المدعى أو المدعون

---

(١٢) قال ابن رشد لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه، وكذلك قطاع الطريق ولهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للأصول (إذ البينة على المدعى، ولا يجوز شهادة الإنسان لنفسه) وانظر ماتقدم ومما يناسب إيراده هنا ماحكاه الأستاذ القللى فى مقاله فى الإجرام المنشور فى العدد الثالث من السنة السابعة من مجلة القانون والإقتصاد. قال فى خلال كلامه على الإجرام فى مصر فى أول عهد محمد على ما خلاصته : وكان من أخطر العناصر على الأمن طوائف الأعراب سكان البدو. وقد طارد محمد على تلك العصابات حتى طهر منها النيل. ثم سن بعد ذلك قوانين جرى فيها على مبادىء وان تكن اليوم غير عادلة إلا أن حال البلد كانت تستسيغها فى ذلك الوقت. فقرر مبدأ المسئولية المشتركة. ففى بعض الأحوال كان أهالى القرى يعتبرون جميعا مسئولين عماحدث فإذا وقعت سرقة على عابر سبيل فى ناحية ما اعتبر أهالى الناحية جميعا متضامنين فى تعويض المجنى عليه. وكانت نتيجة ذلك أن السرقات أصبحت ـ كما يقول كلوت بك ـ فى مصر أقل منها فى أوروبا، ولاسيما السرقات ذات الظروف المشددة كالسرقة مع حمل السلام أهـ. باختصار. وأقول أن الخديو إسماعيل قد إقتفى أثر جده، رحمهما الله فى إصلاح حال الأعراب فى مصر وبذل فى ذلك مجهودا كبيرا جدا. وذلك كله مفصل فى كتاب تقويم النيل لأستاذى حضرة صاحب السعادة أمين سامى باشا .

وبعد فأقول : أن الأصول التشريعية والقواعد الكلية إنما تكون للحالات العادية. ووراء ذلك سياسة شرعية عادلةللأحوال الشاذة التى لا يمكن ضبط أحكامها بقراعد ثابتة لا تتغير.

منهم (١٣) خمسين يمينا على رجل من أولئك القوم أنه هو القاتل فإن حلفوا على قتل العمد إستحقوا دم المحلوف عليه وهذا قول أحمد ومالك وقول الشافعى فى مذهبه القديم.

وقد استندوا على أحاديث لا تنهض حجة لهم إما لضعف فى سندها وإما لكونها مرسلة مع إختلاف ألفاظ الحديث الواحد بما يختلف معه الحكم.

وأيمان المدعين مبنية على غلبة الظن وعلى حكم الظاهر فلا يجوز إشاطة الدماء بها لقيام الشبهة المتمكنة منها. ولأجل هذا قالوا : ينبغى للحاكم أن يقول لهم إتقوا الله واستثبتوا ويعظهم ويحذرهم ويقرأ عليهم قوله تعالى «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم (١٤) فى الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم» ويعرفهم ما فى اليمين الكاذبة وظلم البرىء وقتل النفس بغير الحق من المسئولية العظيمة أمام الله تعالى، وأن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة.

وأما قول الشافعى فى مذهبه الجديد فالواجب هو الدية على الشخص الذى حلف عليه الأولياء أنه قتل القتيل عمدا وليست على عاقلته(١٥) فإن نكل المدعى أو المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا على نفى القتل عنه فإن حلف برىء وهذا قول الأكثرين، وقيل تجب الدية مع اليمين.

ولو أقام المدعى عليه بينة أنه كان يوم القتل فى بلد بعيد عن بلد المقبول لا يمكن مجيئه منه إليه فى يوم واحد بطلت الدعوى.

وإن قالت البينة نشهد أن فلانا لم يقتله لم تسمع هذه الشهادة لأن كلامهم نفى مجرد فإن قالوا ما قتله فلان بل فلان سمعت لأنها شهدت بإثبات تضمن النفى فتسمع كما لو قالت ما قتله فلان لأنه كان يوم القتل فى بلد كذا، وهو بلد بعيد.

---

(١٣) قيل يحلف كل واحد من المدعين خمسين يمينا، وقيل تقسم الخمسون عليهم ويجبر الكسر.

(١٤) لا نصيب لهم.

(١٥) سيأتى الكلام وافيا فى العاقلة.

وإذا نكل المدعى عليه فقيل يحبس حتى يحلف، وقيل لا يحبس وهو الصحيح وتجب عليه الدية بعيب نكوله على القول الراجح، وقيل تجب فى بيت المال، وهو قول ضعيف مردود.

وإن إدعى الولى أو الأولياء قتل الخطأ أو شبه العمد وحلفوا قضى بالدية على العاقلة.

هذا - إذا وجد اللوث. فإن لم يوجد لوث ولا بينة على القتل فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، رجوعا إلى الأصل. وهل يحلف خمسين يمنا أو يمينا واحدا؟ قولان. وإذا نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى - على رأى من يقول برد اليمين - فإذا حلف قضى بالدية قولا واحدا سواء أكانت الدعوى بقتل العمد أم الخطأ. ويحلف المدعى خمسين يمينا إن كان واحدا، فإن كان المدعون أكثر من واحد فقيل يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا، تغليظا لأمر الدم، وقيل توزع عليهم الأيمان الخمسون ويجبر الكسر.

هذا خلاصة قول الجمهور ولهم تفصيلات واختلافات كثيرة جدا يرجع إليها فى محالها.

الفصل الثالث

كيفية القسامة

وبعد اتفاق جمهور الفقهاء على شرعية القضاء بالقسامة انقسموا إلى فرقتين.

الفرقة الأولى ترى أن يبدأ بايمان المدعين.

والفرقة الثانية ترى أن الذين يقسمون بالايمان هم المدعى عليهم،

ثم تفرعت من ذلك مذاهب.

كذلك اختلفوا فى موجب القسامة أهو الدين أم يقضى بالقود فى بعض الصور.

وهل يجوز تبرئة المدعى عليهم أو لابد من الحكم عليهم حلفوا أم لم يحلفوا.

وفى هذا المقام تفريعات كثيرة ومنشأ ذلك اختلاف الأحاديث واختلاف الروايات فيها والأخذ بالآثار أو عدم الأخذ بها على ما يظهر لك من موسوعات كتب الحديث وشروحها المطولة كفتح البارى وعمدة القارى من شروح البخارى وكشرح النووى وشرح الابى من شروح مسلم وكذا شروح النسائى والترمذى وابى داود والموطأ. وكذا مطولات الكتب الفقهية كالمغنى «حنبلى» والبدائع والمبسوط «حنفى» وقد راجعت كل هؤلاء وغيرها من الكتب الفقهية وكتب الاحاديث الاخرى وشروحها كتيسير الوصول وزاد المعاد والتاج الجامع لاستخلاص هذا الموضوع منها.

فأقول - اولا تمهيدا لهذا الموضوع وان كان قد سبق بعض ما سأقوله هنا ليتصل الكلام بعضه ببعض.

روى أحمد ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه. وأخرج البيهقى هذا الحديث بإسناد صحيح، بلفظ، البينة على المدعى واليمين على من أنكر. فقال أبو حنيفة وأصحابه ومن أخذ أخذهم أن هذا الحديث قسم بين الخصمين، فجعل البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه اذا أنكر الدعوى،

والقسمة تنفى الشركة، لأن الشركة تقتضى الخلط وعدم التمييز، والقسمة تقتضى التمييز، ومن جهة أخرى يفيد هذا الحديث أن جنس البينة على المدعين، وجنس الايمان على المنكرين، فيكون المعنى حينئذ أن جميع أفراد البينة على كل من يدعى وجميع أفراد اليمين على كل من ينكر. «راجع ما تقدم فى اليمين المردودة وفى القضاء بشاهد واحد ويمين المدعى»، وعلل الحنفية والجمهور المعنى الذى أفاده هذا الحديث بأن جانب المدعى ضعيف لأنه يقول بخلاف الظاهر فكلف الحجة القوية، وهى البينة، لأنها لاتجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا فيترجع جانب صدقها لارتفاع التهمة، ويقوى بها ضعف المدعى. وأما جانب المدعى عليه فهو قوى لأن الدعوى ان كانت دعوى دين فالأصل براءة الذمة، وان كانت دعوى ملك فاليد دليل الملك ظاهرا، فمن أجل قوة جانب المدعى عليه بذلك اكتفى منه باليمين. واليمين حجة ضعيفة لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر. ثم وقف الحنفية ومن تابعهم عند هذا الحد فلم يجعلوا اليمين دليلا للمدعى تثبت بها دعواه.

وأما الجمهور فنظروا إلى حكمة الاكتفاء من المدعى عليه باليمين وهى قوة جانبه ببراءة الذمة وظاهر اليد وان كل واحد من هذين قرينة ظاهرة على أنه محق فى انكاره دعوى المدعى، فاذا وجد فى جانب المدعى ما يقويه ظاهرا وجب أن يعتبر ذلك قرينة على صدقه ظاهرا فيما ادعاه فيتقوى باليمين. وقد سمى الجمهور هذه القرينة لوثا، ومن معانى اللوث فى اللغة القوة، والبينة الضعيفة غير الكاملة. وعلى هذا اذا وجد اللوث تقوى جانب المدعى فكان له أن يحلف على ما ادعاه من اجل هذه العلة وتكون يمينه متممة للدليل المركب منها ومن قرينة اللوث (١) ومما

---

(١) قال فى المهذب: اللوث الذى يثبت لأجله اليمين فى جنبة المدعى هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى، فان وجد القتيل فى محلة أعدائه وكان لايخالطهم غيرهم كان ذلك لوثا. وقال فى المغنى فى رواية عن الامام أحمد اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر، وما بين القبائل المتعادية، وما بين الشرطة واللصوص، وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله. وقال ابن جزى فى قوانينه: اللوث أمارة على القتل غير قاطعة. ومن ذلك وجود القتيل فى محلة أعدائه. ومنه قول المقتول قبل أن يموت: قتلنى فلان، أو دمى عند فلان. ووافق الليث بن سعد مالكا فى هذا وخالفهما سائر العلماء أهـ مختصرا، وسيأتى ما يتممه.

يؤيد ما قلته هنا ويزيد وضوحا على وضوحه ما رواه عبدالرزاق فى مصنفه عن عمر بن عبدالعزيز قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القتيل يوجد بين ظهرانى دِيار قوم أن الايمان على المدعى عليهم فان نكلوا حلف المدعون واستحقوا، فان نكل الفريقان كانت الديه نصفها على المدعى عليهم وبطل النصف اذا لم يحلفوا أهـ. وقد علق على ذلك الامام ابن القيم بقوله ان هذا لايخالف باب الدعاوى ولا باب القسامة فإنه ليس فيه لوث ظاهر يوجب تقديم المدعين، فيقدم المدعى عليهم فى اليمين. فاذا نكلوا قوى جانب المدعين من وجهين، احدهما وجود القتيل بين ظهرانيهم، والثانى نكولهم عن براءة ساحتهم باليمين. وهذا يقوم مقام اللوث الظاهر، فيحلف المدعون ويستحقون، فاذا نكل الفريقان كلاهما أورث ذلك شبهة مركبة من نكول كل منهما فلم ينهض ذلك سببا لايجاب كمال الديه عليهم. اذا لم يحلف غرماؤهم، ولا اسقاطها عنهم بالكلية حيث لم يحلفوا. لهذا جعلت الديه نصفين ووجب نصفها على المدعى عليهم لثبوت الشبهة فى حقهم بترك اليمين، ولم تجب عليهم بكمالها لأن خصومهم لم يحلفوا.

وقال الحسن البصرى يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا على نفى القتل فان حلفوا برئوا وان أبوا أن يحلفوا يستحلف خمسون من المدعين ان حقنا قبلكم ثم يقضى لهم بالدية.

وأما مذهب أبى حنيفة وأصحابه فهناك بيانه بايجاز.

قالوا: اذا وجد قتيل فى محلة لايدرى قاتله حلف خمسون رجلا من أهل المحلة يتخيرهم ولى الدم فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا. فان حلفوا جميعا فعلى أهل المحلة الدية ان كانت الدعوى بقتل العمد. فان كانت بخطأ فعلى العاقلة. ومن نكل منهم حبس حتى يحلف ان كانت الدعوى بالعمد والا فالدية على العاقلة. فان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم حتى يتم خمسون يمينا. ولا يقضى بالقصاص فى أى حال من الأحوال، ولابد من الدية على كل حال اما على الحالفين واما على العاقلة على ما أسلفنا. هذا هو ما فهموه مما وصل اليهم من

السنة، وما رووه عن عمر رضى الله عنه أنه حكم فى قتيل وجد بين قريتين، فطرحه على أقربهما وألزم أهل تلك القرية القسامة والدية، وكذا رووا عن على رضى الله عنه. قالوا ولم ينقل الانكار عليهما من أحد الصحابة، فكان أجماعا سكوتيا.

الفصل الرابع

سبب وشروط

وجوب القسامة والدية

الفرع الأول

سبب وجوب القسامة والدية

سبب وجوب القسامة والدية:

سبب ذلك التقصير فى النصرة وحفظ الموضع الذى وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وعملا على تحصيل الواجب. وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ.

وانظر تمام هذا الموضوع فى البدائع وغيره من مطولات كتب المذهب. وقد رأيت أن أذكر هنا سؤالا وجوابا فى الفتاوى المهدية بنصهما وكان جواب الفتوى فى ٢٠ ربيع الثانى سنة ١٢٨٧ هجرية - ٢٠ يولية سنة ١٨٧٠ قال:

سئل بافادة واردة من مديرية الشرقية مؤرخة فى ٧ ربيع الثانى سنة ٨٧ مضمونها: وردت هذه الافادة من حضرة قاضى الولاية بقصد تقديمها لسيادتكم وإعطاء القول والحكم فيها فلزم ترقيمه لسيادتكم الأمل من بعد رؤيتها يكرم بالافاده عن الحكم فيها حسب طلب حضرة القاضى. وصورة افاده القاضى المذكور المؤرخة بالتاريخ المذكور وبعد فالمرجو الاستعلام من حضرة أستاذنا ومولانا مفتى أفندى الديار المصرية فيما لو وجد قتيل لم يعلم قاتله محتبسا بشاطىء نهر ليس مملوكا بين خطط متعددة فهل الدية والقسامة على أقرب الخطط مع سماع الصوت من محل القتيل؟ وهل القرب يعتبر من محل القتيل للأبنية والأرض المملوكة فقط؟ وهل الأرض الخراجية المستحقة للأهالى أى أهالى الخطط المذكورة لا تعتبر فى القرب

وعدمه لأنها ليست مملوكة لأربابها أو كيف؟ كى بورود افادة حضرة مولانا المومأ اليه ترسل لنا للاجراء بموجبها فيما هو لازم النظر فيه بالمجلس (أجاب) اذا وجد ميت وبه جرحا أو أثر ضرب أو خروج دم من أذنه أو عينه أو خنق محتبسا بشاطىء نهر غير مملوك. ولم يكن الشاطىء أيضا مملوكا فالقسامة والدية على ملاك أقرب الأراضي لذلك الشاطىء بحيث يسمع منها الصوت. فان لم تكن الأراضي مملوكة الرقبة فعلى أقرب القرى من ذلك المكان بحيث يسمع الصوت أيضا. والأرض الموقوفة على جماعة يحصون كالمملوكة. أما الأراضى السلطانية التى آلت لبيت المال فلا تعتبر فى ايجاب ذلك على مزراعيها، اذ لا ملك لهم فيها، بل رقبتها لبيت المال فهى لعامة المسلمين. واعتبار أقرب القرى إذا كانت القرية صغيرة فهى لعامة المسلمين فلو كانت كبيرة ذات محلات فهى فعلى أقرب محلة منها لمحل وجود القتيل. ومحل ذلك اذا لم يثبت القتل على معين. ولم تحصل الدعوى بالقتل على غير ملاك الأقرب أهـ بحروفه.

الفرع الثانى
شروط وجوب القسامة والدية

واشترطوا لوجوب القسامة والدية شروطا.

(أ) أن يكون الموجود قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل كجراحة أو اثر ضرب أو خنق فان لم يكن فيه شيء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لأنه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فوجد الشك ولايجب شيء مع الشك. وأما الجمهور فلم يشترطوا هذا الشرط اكتفاء باللوث، كما أسلفنا.

(ب) ألا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة بل يتبع فى الدعوى القواعد العامة. وهذا بالاجماع.

(جـ) أن يكون القتيل من بنى آدم مسلما كان أو غير مسلم، رجلا أو امرأة أو صبيا ، حرا أو عبدا. فلا قسامة فى بهيمة وجدت مقتولة ولا غرم فيها الا اذا علم قاتلها فترفع عليه الدعوى بطريقها المعتاد وذلك لأن لزوم القسامة فى نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لأن تكرار اليمين غير مشروع، واعتبار عدد الخمسين غير معقول أى حكمة هذا العدد غير ظاهرة لنا، وكذلك وجوب الدية مع الايمان لأن اليمين فى الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها فى سائر الدعاوى الا أنا عرفنا ذلك بالنصوص - (أى على ما فهموا) - والاجماع فى بنى آدم خاصة، فبقى الأمر فيما وراءهم على الأصل.

(د) الدعوى من أولياء القتيل لأن القسامة يمين، واليمين لا تجب بدون الدعوى.

(هـ) انكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر.

(و)المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعى، وحق الانسان يوفى عند طلبه، ولهذا كان الاختيار فى القسامة إلي أولياء القتيل لأن الايمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمونه، ويستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذبا. واليمين فى باب القسامة حق مقصود بنفسه كالدية، ولذا يحبس من نكل عنها حتى يصل ذو الحق إلى حقه أو يقر. وقيل يحبس حتي يغلب على الظن اليأس من أنه يحلف.

(ز) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لأحد أو فى يد أحد، فان لم يكن ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية. وان كان فى يد أحد يد العموم لا يد الخصوص وهو أن يكون التصرف فيه لكل الأمة لا لواحد ولا لجماعة يحصون عددا لا تجب القسامة وانما تجب الدية وذلك لأن القسامة أو الدية تجب بترك الحفظ اللازم فاذا لم يكن المكان الذى وجد فيه القتيل ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا لا يلزم أحد حفظه، واذا فلا قسامة ولادية، واذا كان المكان فى يد العامة فحفظه على العامة، لكن لا سبيل إلى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل، وأمكن ايجاب الدية على الكل لامكان الاستيفاء منهم بالأخذ من بيت المال، لأن مال بيت المال مالهم، فكان الأخذ من بيت المال استيفاء منهم.

وعلى هذا اذا وجد القتيل فى فلاة من الأرض ليست بملك لأحد فلا قسامة ولادية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الأمصار ولا من قرية من القرى ٠ فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على أقرب المواضع اليه من قرية أو مصر، لأنه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع فى يد أحد فلم يوجد القتيل فى ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية. واذا كان بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق بغيره فكان من توابع أقرب المواضع اليه. وإن وجد فى نهر عظيم كالنيل والماء يجرى به فلا قسامة ولادية لأن النهر العظيم ليس ملكا لأحد ولا في يد أحد لأن قهر الماء يمنع الاستيلاء على المجرى، وأوجب زفر القسامة والدية على أقرب القرى من القتيل، وهذا قول ضعيف لأن الماء يسير به من مكان إلى مكان ولا يجوز أن تبنى الأحكام على المصادفة والاتفاق.

وهذا بخلاف الأنهار التى تكون تحت يد ملاكها وبخلاف ما لوكان محتبسا بالشط أو مربوطا أو ملقى عليه فان كان الشط ملكا فحكمه حكم الأرض المملوكة والدار المملوكة إذا وجد فيها قتيل. وان لم يكن الشط ملكا لأحد فعلى أقرب المواضع اليه من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية. ولا قسامة فى قتيل يوجد فى المساجد الجامعة ولا فى الشوارع العامة ولا الجسور العامة

لأنه لم يوجـد الملك ولا يد الخصـوص بل تجب الدية على بيت المال لأن تدبيـر هذه المواضع ومصلحتهـا للعامة فكان حفظها عليهم فاذا قـصروا ضمنوا ومال بيت المال مالهم كما أسلفنا.

وفى هذا المقام تفريعات كثيرة فليـرجع إليها فى البدائع والدر ورد المحتار وكتب الفتاوى المطولة كالفتاوى الهندية.

الفصل الخامس

الدية والعاقلة

الفـــرع الاول

الديـــــــة

الدية فى اللغـة مصـدر ودى القاتل المقـتول يديه اذا أعطى وليـه المال الذى هو بدل النفس. وقد نقـل الشرع هذا اللفظ عن اللغة واستعـمله فى نفس المعنى. والدية تطلق ايضا بكثرة على ما يطلق عليه الأرش كديـة النفس ودية السن وقد كانت الدية معروفة عند العرب فى الجاهلية لكنـها كانت تتفاوت على مقادير الأشخـاص. فأقرها الإسلام لكنه سوى بين جميع النفـوس البشرية فلا فرق بين عظيم وحقير ولا صغـير وكبير ولا عربى وغيـر عربى. وتقدير الدية ثابت بالسنة. وأمـا الكتاب فلم يتعرض للـمقدار ولى بحث فى تقدير الدية إذا كانت فى غير الابل لا يتسع له المقام هنا (١) .

قال الله تعالى: «ومـا كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ. ومن قتل مؤمنا خـطأ فتحرير

---

(١) الديانة المغلظة هى مائة من الإبل: ثلاثون حقه وثلاثون جذعة وأربعون خلفة،

والدية المخـففة مـائة أيضا: عـشرون ابن مـخاض وعـشرون بنت مخـاض وعشـرون ابن لبون وعـشرون حـقه وعشرون جذعة (انظر المذهب فى باب الديانات).

والدية المغلظة عند أبى حنيفـة وأصحابه مائة من الإبل أرباعـا من بنت مخاض إلى جذعـة من كل جنس خمس وعشرون.

والخطأ مائة من الإبل أخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقه وجذعة من كل عشرون.

وقد يـؤدى بدل الإبل إما ألف دينار أو عـشرة آلاف درهم (انظر كـتاب الديانات فى الكـنز وشروحه وكـذا فى غيره من كتب المذهب)

وبنت المخاض من الإبل هى التى طعنـت فى الثانية وابن المخاض مـثلها وبنت اللبون هى التى طعنت فى الثـالثة وابن اللبـون مثلهـا والحقـة هى التى طعنت فى الرابعـة والجذعـة هى التى طعنت فى الخـامسـة والتى طعنت فى السادسة تسمى ثنية والخلفة هى الحامل فى بطنها ولدها.

رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله. إلا أن يصدقوا. فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة. وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله. وكان الله عليما حكيما» ومقدار الدية للمسلم ولغير المسلم سواء عند أبي حنيفة وأصحابه وبعض فقهاء التابعين كما يقتص من المسلم إذا قتل غير مسلم وبالعكس لتساوى النفوس في العصمة. والدية تجب على القاتل لأن سبب الوجوب هو القتل. والقتل وجد من القاتل لكن إن كان القتل خطأ أو شبه عمد(٢) تحملت العاقلة الدية عن القاتل. والقاتل واحد منهم فيغرم مثل أحدهم. وهذا إذا لم يثبت القتل باقرار القاتل وإلا كانت الدية عليه هو وحده. وكذا إذا صالح ولى الدم القاتل علي مال فان بدل الصلح يجب فى مال القاتل نفسه. وكذا إذا كان القتل عمدا ثم سقط لسبب ما كما إذا قتل الأب ابنه عمدا كانت الدية في مال القاتل وحده وذلك لأن تحمل العاقلة الدية هو من باب التعاون والتخفيف عن القاتل. والعمد لا يستحق التخفيف بخلاف المخطىء وغير متعمد القتل غير أنه إذا كان القاتل مجنونا أو صبيا فعمدهما فى حكم خطأ لفقدان التمييز والبلوغ، فلا قصاص وإنما تجب الدية على العاقلة.

والدية تعتبر من تركة المقتول وكذا بدل الصلح فتسرى أحكام التركة على ذلك، فتقضى منه الديون ثم تنفذ الوصايا ثم يقسم الباقى على الورثة القسمة الشرعية.

هذا - والقائلون بوجوب دية الخطأ وما الحق به على العاقلة هم جمهور الأمة، وخالفهم فى ذلك أبو بكر الأصم وجمهور الخوارج واستدلوا على ذلك بوجوه(٣).

«الأول» أن قوله تعالى: «فتحرير رقبة مؤمنة» لاشك أنه ايجاب لذلك التحرير، والايجاب لابد فيه من شخص يجب عليه ذلك الفعل. والمذكور قبل هذه الآية هو القاتل، وهو قوله: «ومن قتل مؤمنا خطأ» فهذا الترتيب يوجب القطع بأن هذا التحرير انما أوجبه الله عليه لا على غيره أقول وهذا مما لا خلاف فيه وهو ليس فى الموضوع

---

(٢) أنظر كتابنا بحث المواريث المقارن ومقالنا حول ميراث القاتل وكتابنا أحكام المرأة فى الإسلام.

(٣) أنظر تفسير الإمام فخر الدين الرازى.

ولكنه كأنه تمهيد لما بعده.

«الثانى» أن هذه الجناية صدرت من القاتل، والمعقول هو أن الضمان لا يجب إلا على المتلف. أقصى ما فى الباب أن هذا الفعل صدر عنه علي سبيل الخطأ ولكن الفعل الخطأ قائم فى قيم المتلفات وأروش الجنايات(٤) مع أن تلك الضمانات لا تجب إلا على المتلف فكذا ها هنا.

«الثالث» أنه تعالى أوجب فى هذه الآية شيئين، تحرير الرقبة، وتسليم الدية ثم انعقد الاجماع على أن التحرير واجب على الجانى، فكذا الدية يجب أن تكون واجبة على القاتل، ضرورة أن اللفظ واحد فى الموضعين.

«الرابع» أن العاقلة لم يصدر عنهم جناية ولا ما يشبه الجناية، فوجب ألا يلزمهم شىء، للقرآن والخبر. أما القرآن فلقوله تعالى: «ولا تزر وازرة وزر أخرى» وقال تعالى: «ولا تكسب نفس إلا عليها» وقال «لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت» وأما الخبر فما روى أن أبا زمنة دخل على النبى صلى الله عليه وسلم ومعه ابنه، فقال له من هذا؟ فقال ابنى، قال انه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه. ومعلوم أنه ليس المقصود منه الأخبار عن نفس الجناية، إنما المقصود بيان أن أثر جنايتك لا يتعدى إلى ولدك، وبالعكس وكل ذلك يدل على أن ايجاب الدية على الجانى أولى من ايجابها على غيره.

«الخامس» أن النصوص تدل على أن مال الإنسان معصوم وأنه لا سبيل لأحد أن يأخذه منه، قال تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة» الآية. وقال عليه الصلاة والسلام «كل امرىء أحق بكسبه» وقال «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» وقال «لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيبة من نفسه» فتركنا العمل بهذه العموميات فى الأشياء التى عرفنا بنص القرآن كونها موجبة لجواز الأخذ كما قلنا فى الزكاة، وكما قلنا فى الضمانات. وأما فى ايجاب الدية على العاقلة فالمعتمد فيه خبر الواحد. وتخصيص عموم القرآن بخبر الواحد لا يجوز لأن القرآن معلوم، وخبر الواحد مظنون، وتقديم المظنون

(٤) بعض أروش الجنايات يجب على العاقلة وبعضها يجب على القاتل مع الخلاف فى بعض التفصيلات وفى أصل الوجوب على ما هو موضح فى مطولات الكتب الفقهية.

على المعلوم غير جائز. ولأن هذا خبر واحد ورد فيما تعم به البلوى فيرد، ولأنه خبر واحد ورد على مخالفة جيمع أصول الشرائع فوجب رده.

وأما الفقهاء فقد تمسكوا فيه بالخبر والأثر والآية. أما الخبر فما روى المغيرة أن امرأة ضربت بطن أخرى فألقت جنينا ميتا، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم علي عاقلة الضاربة بالغرة (٥) فقال حمل بن مالك فقال كيف ندى من لا شرب ولا أكل، ولا صاح ولا استهل، ومثل ذلك مطل(٦) فقال صلى الله عليه هذه من سجع الجاهلية، وأما الأثر فهو أن عمر رضى الله عنه قضى على على رضى الله عنه بأن يعقل عن مولى صفية بنت عبدالمطلب حين جنى مولاها، وعلى كان ابن أخى صفية، فهذا يدل على أن الدية تجب على العاقلةاهـ . وأقول انه لم يذكر استدلال الفقهاء بالآية، فلينظر. وقال فى معراج الدراية أن ايجاب الدية على العاقلة ثابت بالأحاديث المشهورة. وعليه عمل الصحابة والتابعين فيجوز الزيادة به على الكتاب.

على أن العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم وتركهم حفظه ومراقبته وخصوا بالضم اليه لأنه إنما قصر لقوته بأنصاره، فكانوا هم المقصرين. وكانوا قبل الشرع يتحملون عنه تكرما واصطناعا للمعروف فالشرع قرر ذلك. وتوجد هذه العادة بين الناس فان من لحقه خسران من سرقة وحريق أو نحو ذلك يجمعون له مالا، لهذا المعنى أهـ. أنظر الدر ورد المحتار

وأقول ومن هذا تحمل المتبوع خطأ التابع قانونا.

هذا وقد كانت المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت حكما فى الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» بطلب الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٣٨، ٢٤٤ من قانون العقوبات التى تقضيان بعقوبتى الحبس والغرامة لارتكاب جرائم القتل والاصابة الخطأ - اسنادا الى مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية المعتبرة المصدر الرئيسى للتشريع، ذلك

(٥) هي دية الجنين وهى خمسمائة درهم، وأنظر كتابنا «التركة والحقوق المتعلقة بها».

(٦) أى يهدر.

أن العقوبة الشرعية المقررة لجريمتى القتل والإصابة الخطأ هي الدية وليس الحبس كما جاء بالنصوص المطعون عليها، ومن ذلك تكون هذه النصوص مخالفة لحكم المادة الثانية من الدستور.

وقضت المحكمة بجلسة ٧/ ٧/ ٢٠٠٢ أولا: بعدم قبول الدعوى بالنسبة للطعن على الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٣٨ والفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات.

ثانياً: برفض ما عدا ذلك من طلبات.

وجاء باسباب الحكم:

وحيث إن هذه المحكمةسبق أن تناولت بحث دستورية المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ من قانون العقوبات من حيث مدى اتفاقهما وحكم المادة الثانية من الدستور، وذلك بحكمها الصادر فى الدعوى رقم ١٥٠ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، والذى قضى برفض الدعوى تأسيساً على أن إلزام المشرع باتخاذ مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسى للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الإلزام، بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية، يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً قبله. ونشر الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٥/ ٦/ ١٩٨٩، وكان مقتضى نص المادتين ٤٨ و ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصلاً فى المسألة التى فصل فيها، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، لما كان ذلك وكان نص الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٣٨ وكذا نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لازالت على وضعها كما كان معروضاً على المحكمة الدستورية العليا فى

الدعوى السابقة دون أن يطرأ على أى منها تعديل لاحق لتعديل المادة الثانية من الدستور، فإن قضاء هذه المحكمة فى شأن تلك النصوص يحوز حجية مطلقة، بما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة للطعن على تلك الفقرات، أما نص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات فقد تم تعديله بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢، فلا يكون للحكم السابق الصادر من الدعوى ١٥٠ لسنة ٤ قضائية «دستورية» المشار إليه ثمة حجية بالنسبة للدعوى الماثلة، والتى يتحدد نطاقها بما ورد بتلك الفقرة وحدها.

وحيث إن النعى بمخالفة النص الطعين لحكم المادة الثانية من الدستور مردود، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن النص فى المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - على أن مبادىء الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتجلى عن دعوة المشرع كى يتخذ من الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما يسنه من تشريعات تصدر بعد العمل بالتعديل الدستورى المشار إليه، فلا يجوز منذ ذلك التاريخ للنص التشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى لا تحتمل اجتهاداً، ومن ثم لا يقبل إقرار أية قاعدة قانونية تخالفها، وليست كذلك الأحكام الظنية فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، وهى التى تتسع لدائرة الاجتهاد ويسطع فيها تنظيماً لشئون العباد، وضماناً لمصالحهم، وهو اجتهاد وإن كان حقاً لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقرراً لولى الأمر، يبذل جهده فى استنباط الحكم الشرعى من الدليل التفصيلى، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده وتسعها الشريعة الإسلامية التى لا تضفى قدسية على آراء أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية التى لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، فالآراء الاجتهادية لا تجاوز حجتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولا يساغ بالتالى اعتبارها شرعاً لا يجوز نقضه، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، ومن

ثم صح القول بأن اجتهاد أحد الفقهاء ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفاً لأقوال امتد العمل بها زمناً.

وحيث أن إجماع الفقهاء منعقد على أنه إذا وقعت جريمة القتل غير العمدى، وجب على الجانى - أو عائلته - أن يؤدى لورثة القتيل مائة من الإبل، اختلف العلماء فى نوعها، وأجاز البعض نقلاً عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أداؤها من الذهب أو الفضة، أما إذا وقعت الجريمة على ما دون النفس لزم الجانى أن يؤدى للمجنى عليه أرش الجراح، وهو إما أن يكون دية كاملة أو جزء من الدية بحسب جسامة أو تفاهة الإصابات التى لحقت بالمجنى عليه، وبصرف النظر عما وقع بين العلماء من خلاف فى تكييف طبيعة الدية أو الأرش، وهل هى عقوبة أو تعويض للمجنى عليه أو هى كلاهما، فقد أقر فريق من العلماء بحق ولى الأمر فى تقرير عقوبات تعزيرية لبعض الجرائم - حتى لو كانت من جرائم الحدود - إذا كان القصد من ذلك الردع والزجر مع الإصلاح والتهذيب، خاصة إذا كان التقرير للمصلحة العامة، فلا يحول وجود عقوبة شرعية لبعض الجرائم دون حق ولى الأمر فى تقرير عقوبات تعزيرية كالوعظ والتهديد والتوبيخ والحبس والغرامة والنفى، ولا خلاف بين العلماء فى أن العقوبات التعزيرية تتغير بحسب اقتضاء المصلحة زماناً أو مكاناً أو حالاً، كما تتغير مقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها بحسب جسامة الجناية وسن الجانى وغير ذلك من الظروف الملابسة لارتكابها.

وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان الشريعة الغراء قد خلت من مبدأ قطعى الثبوت والدلالة يقرر حكماً فاصلاً فى شأن امتناع التعزير فى الجرائم التى تقع على ما دون النفس، فإن النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات إذ تضمن عقوبات تعزيرية على مقترف هذه الجريمة ألا وهى الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحداهما، ولا يكون مخالفاً فى ذاته لمبادىء الشريعة الإسلامية.

وحيث أنه لما كان ما تقدم، فإنه يتعين رفض الدعوى.

الفـــرع الثـــــانى
العاقلـــــة

العاقلة هى التى تعقل عن القاتل خطأ أى تتحمل الدية عنه وهو واحد منها أو تتحملها هى وحدها، على الخلاف فى ذلك وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء عن أن تسفك، أى تمسكها، ومن ذلك سمى العقل عقلا لأنه يمسك صاحبه عن أن يصدر عنه مالا يليق. وتقول عقل زيد بكرا أى دفع ديته اذا كان زيد قاتلا وبكر مقتولا بفعل زيد وعقل زيد عن بكر اذا كان بكر قد قتل عمرا (مثلا) فتحمل زيد الدية عنه.

والعاقلة عند أبى حنيفة وأصحابه هم أهل الديوان، والديوان هو الجريدة تكتب فيها الاسماء، (أى كشف الأسماء) مأخوذة من دون الكتب أى جمعها لأن قطع الورق مجموعة (دفاتر) والمشهور أن أول من دون الدواوين فى الاسلام عمر بن الخطاب رضى الله عنه فهو الذى رتب الجرائد للولاة والقضاة. ويقال فلان من أهل الديوان الفلانى أى ممن أثبت اسمه فى جريدته.

ونقل من غاية البيان عن الكافى للحاكم الشهيد قال بلغنا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض المعاقل (١) على أهل الديوان وكان العقل (٢) قبل ذلك عن عشيرة الرجال فى أموالهم. ولم يكن ذلك من عمر تغييرا لحكم الشرع بل هو تقرير له لأنه عرف أن عشيرته كانوا يتحملون الدية عنه بطريق النصرة.

فلما كان التناصر بالرايات جعل العقل عليهم حتى أنه لا يجب على النساء والصبيان لأنه لا يحصل بهم التناصر اهـ .

---

(١) المعاقل جمع معقلة وهى الدية

(٢) العقل هو الدية أيضا وقد تقدم فى أول الكلام.

وتؤخذ الدية من عطايا أهل الديوان أو من أرزاقهم (٣).

ملحوظة: النساء والذرية والمجانين ان كان له رزق فى الديوان (كالمعاش عندنا الآن) لا شيء عليهم من الدية لأنهم ليسوا من أهل النصرة لكن لو باشر أحد منهم القتل ووجبت الدية شارك القاتل أهل الديوان فى دفع الدية كواحد منهم وهذا هو الصحيح، وقيل لا يشاركهم وهذا قول مرجوح.

وأهل كل ديوان يعقلون عمن دون اسمه معهم فى ديوانهم.

وان لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته قبيلته وأقاربه وكل من يتناصر به، فان لم تسع القبيلة ذلك ضم اليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصابات، والقاتل يعتبر واحدا منهم فى توزيع الدية عليهم، وفى هذا خلاف بين الأئمة.

وإن كان القاتل مولى أدنى فعاقلته سيده وقبيلة سيده.

وكل ما تقدم إنما هو فى العرب وأما فى غير العرب فقيل أن الدية تجب فى مال القاتل وحده لفقدان تلك الرابطة التى بين العرب، وقيل أن لهم عواقل لأنهم يتناصرون كالعرب. وعلى هذا يعتبر كل جماعة تربطهم رابطة واحدة عاقلة لمن يرتكب فعل القتل الخطأ منهم. فأهل كل قرية من القرى المصرية جماعة مستقلة تعقل عمن يقتل منهم خطأ وكذا أهل كل محلة من المدن وأهل كل حرفة من الحرف. وطلبة العلم بالجامعة جماعة واحدة تنتظم جماعات وهم طلاب الكليات، وكذا طلاب المعاهد الدينية. وقد كان حصل فى عهد بعض مشايخ الأزهر السابقين مضاربة بين جماعة من طلاب العلم من أهل مديرية الشرقية وأهل الصعيد فوقع بين الطائفتين قتيل من أهل الشرقية فأمر الشيخ بأن يدفع طلاب العلم من أهل الصعيد دية القتيل وأخذ ذلك من جراياتهم وأعطيت لورثة المقتول حتى استوفيت الدية كلها.

---

(٣) الفرق بين العطية والرزق أن الرزق ما يعطى من بيت المال (ماهيات الموظفين من المالية الآن) لعمال الدولة ومنهم الجنود، ولكنه كان يعطى بقدر الحاجة والكفاية في مدد دورية كشهر أو يوم فهو منظور فيه الى قدر حاجة العامل وكفاية أولاده ومن يعولهم بخلاف المرتبات عندنا. والعطية أو العطاء ما يفرض كل سنة لا بقدر الحاجة بل بصبر المجاهد وعنائه كالمكافآت عندنا. وجمع العطاء أعطية وجمع الجمع أعطيات.

الفصل السادس

خاتمة

والحاصل: أن التناصر هو الأصل فى هذا الباب. ومعنى التناصر أنه إذا حزبه أمر قاموا معه فى كفايته(١) وان كان للقاتل متناصرون متعدون فالعاقلة أولاهم أهل الديوان ثم العشيرة، ثم أهل المحلة، ثم أهل السوق. فإذا انتفى التناصر كانت الدية فى بيت المال، فى ظاهر الرواية وقيل فى مال القاتل. ونقل فى رد المحتار عن المجتبى ما نصه: زماننا بخوارزم لا تكون إلا فى مال الجانى إلا إذا كان من أهل قرية أو محلة يتناصرون، لأن العشائر فيها قد ذهبت، ورحمة التناصر من بينهم قد رفعت، وبيت المال قد انهدم. نعم أسامى أهلها مكتوبة فى الديوان ألوفا ومئات لكن لا يتناصرون به فتعين أن تجب فى ماله.

أقول: والقول الفصل فى هذه المسألة على ما أرى هو ان كان القاتل خطأ مسلما أو غير مسلم فالدية على عاقلته فإن لم يكن له عاقلة ففى ماله وإلا ففى بيت المال ــ وهذا عندنا ــ وذلك لأن من مات ولا وارث له ولا وصية أو وصية لا تحوز كل التركة تركة كانت التركة كلها أو ما تبقى منها بعد الوصية لبيت المال ــ والغرم

---

(١) كما قال المتنبى:

سأطلب حقى بالقنا ومشايخ ... كأنهمو من طول ما التثموا مرد

ثقال إذا لاقوا، خفاف إذا دعوا ... كثير إذ شدوا قليل إذا عدوا

وكما قال قريط بن أنيف:

لو كنت من مازن لم تستبح أبلى ... بنو اللقيطة من ذهل بن شيبانا

إذا لقام بنصرى معشر خشن ... عند الحفيظة ان ذو لوثة لانا

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم ... طاروا إليه زرافات ووحدانا

بالغنم ــ على ما عليه العمل(٢).

وبعـد فانـظر أحكام تركة مـن يموت عن غيـر وارث أو عن وارث لا يحـوز كل التركـة فى جميع كـتب الشرع الإسلامى، وانـظر أيضا أقسـام بيت المال وموارد كل قسم منها ومصارفه على ما رسمه فقهاؤنا .

والتوفيق بيد الله وحده، والله هو المستعان

(٢) بصدور القـانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث تسرى قـواعده على المصريين جميعا مسلمين وغـير مسلمين. مع مراعاة ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ . وتنص الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون المواريث على أنه «فإذا لم يوجد أحـد من هؤلاء ــ (الورثة والموصى لهم والمقر له بنسب فيه تحـميل على الغير) ــ آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة».

الباب السابع

القرينة

- معنى القرينة
- القرينة فى القانون
- القرائن الشرعية
- القرائن الشرعية القانونية
- القرائن الشرعية القضائية
- مقطتفات من القرائن الشرعية

مقـــدمــــة

معـــــنى القرينـــة

معنى القرينة في اللغة ما يدل على الشئ مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة، وقد تكون دلالتهـا قوية أو ضعيـفة علي حسب قـوة المصاحبـة وضعفهـا وقد ترتقى إلى درجة القطع أو تهبط إلي درجة الاحتمال البعيـد جدا بحيث تصبح لا يعبأ بها. فهى في حيز التردد. والمرجع في ضبطهـا واصطيادها إلى قوة الذهن والفطنة واليقظة وما يفيضه الله تعالى على عباده من المواهب، ورحم الله ابن الرومى إذ يقول:

وخبئ الفؤاد بعلمه العـاقل   قبل السماع بالايمـــاء
وظنون الذكى أنفذ في الحـق   سهاما من رؤية الأغبياء

وقد نص العلامة بدر الدين بن الغرس الحنفي في كـتابه الفواكه البدرية علي أن القرينة القاطعة (١) من طرق الحكم ومثل لذلك بظهور انسان من دار ومعه سكين فى يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركـة عليه اثر الخوف ظاهرا فدخلوا الدار فى ذلك الوقت علي الفور فوجـدوا فيها انسانا مذبوحا لذلك الحين وهـو مضرج بدمائه ولم يكن معه في الدار غير ذلك الرجل الذى وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار فانه

---

(١) قسم شراح القانون القرائن إلى قانونية وقضائية. وقسم القانونية إلى قسمين: قرائن يجوز نقضها باثبات ما يخالفـها، وقرائن لا يجـوز نقضها والأصل أن كل قـرينة يجوز نقضـها. ولا يتخلف حكم هذه القـاعدة إلا في أحوال استـثنائية منصوص عليهـا فى القانون كالأحكام القضائيـة، ومضي المدة، وكل أمر يعتـبره القانون برهانا قاطعـا على ثبوت أمر آخـر. ولا يجوز اثبات مـا يخالف القرينة القـانونية إلا في حالة واحـدة وهى وجود سند الدين بيد المدين فانه قرينة علـى انقضاء التعهد ولكن يجوز للدائن أن يثبت أن وجود السند بيد المدين جاء من طريق سرقته أو غصبه لا أنه سلمه اليه حين الوفاء بالالتزام والقرائن القضائية هى الأدلة التى يستنبطها القاضى من وقائع الدعـوى وأحوالها باجـتهاده وإعمـال فكرته، وهى ترجع في الحقيـقة إلى قوة الذهن وبراعـة المحامى ووضوح الوقائع وغير ذلك، وكل قرينة من هذا القبيل ليست قاطعة، وكلها تقبل النقض.

يؤخذ به وهو ظاهر إذ لا يمترى أحد بأنه قاتله والقول بأنه ذبح نفسه أو أن غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل.

يستعمل العلماء العلم القطعى فى معنيين.

أحدهما ما يقطع الاحتمال اصلا كالمحكم والمتواتر.

والثانى ما يقطع الاحتمال الناشئ عن الدليل كالظاهر والنص والخبر المشهور

فالأول يسمونه علم اليقين والثانى يسمونه علم الطمأنينة أهـ من التوضيح وانظر مذكرتنا في علم الأصول

- والقرينة القاطعة من قبيل ما يفيد العلم الثانى.

ونقل في تكملة رد المحتار عن صاحب البحر أنه لم ير ما قاله ابن الغرس لغيره. ثم قال: قال بعض الأفاضل صريح قول ابن الغرس (فقد قالوا) أنه منقول عن أصحاب المذهب لا أنه قاله من عند نفسه. وعدم رؤية صاحب البحر له لا يقتضي عدم وجوده في كلامهم والمثبت مقدم، لكن قال الخير الرملى: لاشك ان ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة فلا ينبغى التعويل عليه ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد فلا تغتر به والله تعالى أعلم أهـ قال في التكملة: والحق أن هذا محل تأمل ولا يظن أن في مثل هذا يجب القصاص مع أن الانسان قد يقتل نفسه وقد يقتله آخر ويفر وقد يكون أراد قتل الخارج فأخذ السكين وأصاب نفسه فأخذها الخارج وفر منه وخرج مذعورا وقد يكون اتفق دخوله فوجده مقتولا فخاف من ذلك وفر وقد يكون السكين بيد الداخل فأراد قتل الخارج ولم يتخلص منه إلا بالقتل فصار من باب دفع الصائل (الدفاع عن النفس) فلينظر التحقيق في هذه المسألة.

وأقول ان كثيرا من الاحتمالات المذكورة آنفا يتكفل بالجواب عنه الطب الشرعى وعلم تحقيق الجنايات.

هذا. وكتب المذهب مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة (أنظر مبحث التنازع بالأيدى وما يطلق للشاهد الشهادة)

ولكنى لم أجدهم اعـتبروا القرينة من أسبـاب قضاء الاستحـقاق الا في النكول علي قـول الصاحـبين ولعل ذلك مبنـى على شدة احـتيـاطهم بسبب عـدم انضبـاط القـرائن التي هى من قـبيل القـرائن القضـائيـة وانظر شرح المجلـة العدليـة للأستـاذ الفاضل علي أفنـدى حيدر صفـحة (١٤٦) وما بعـدها من الفصل الثـانى من الباب الثانى من الكتاب الخامس عشر.

الفصل الأول

القرينة فى القانون

القرينة هى استنباط الشارع أو القاضي أمرا مجهولا من أمر معلوم فهى دليل غير مباشر كالشهادة وإقرار المدعى عليه.

والقرائن أضعف من غيرها من الأدلة لأنها استنتاجات. وكثيرا ما تكذب ظواهر الأمور. وما أكثر خطأ الانسان في استنتاجاته منها.

وهى نوعان قانونية، وقضائية.

فالقرائن القانونية هى التى نص عليها القانون نصا صريحا وهى من استنباط الشارع نفسه، وهى مبعثرة في القانون في شكل مواد. وليس للقاضى أن يتصرف فيها و لو اعتقد عدم صحة تطبيقها علي الحادثة الجزئية التى ينظر فيها. وذلك لأنها تقررت بنص القانون. وهو لا يقول في حكمه: أنه حكم بناء علي قرينة كذا. وانما يقول: انه حكم بناء علي المادة كذا، ويكفي من كانت القرينة فى مصلحته أن يتمسك بالمادة التى نصت عليها[1]

---

(١) والحاصل أن الشارع اذا وضع في القانون قاعدة كلية استنبطها من القرينة فالواجب علي القضاة أن يطبقوا أحكامهم علي تلك القاعدة الكلية وليس لهم أن يلتفتوا إلى الأصل الذى استنبط منه الشارع تلك القاعدة لأن الواجب عليهم هو العمل بنصوص القانون ولو ظهر في بعض الحوادث للقاضى أن العدل يقضى بمخالفة القاعدة (أنظر مذكرتنا فى علم الأصول ففيها هذا البحث واف جدا) وكذلك الشأن في الأحكام الشرعية التى أساسها في الأصل القرائن ككون الولد للفراش فالواجب على قضاة الشرع ألا يحكموا بأن الولد لغير الزوج صاحب الفراش مهما كانت الأدلة والأمارات ضده ولا يجوز لصاحب الفراش الشرعى أن يتنازل عن نسب الولد لغيره لمخالفة ذلك للشرع باجماع الفقهاء إذ النسب من حقوق الله كما أسلفنا غير أن للزوج صاحب الفراش نفى الولد باللعان على ما رسم لذلك شرعا. ومع هذا اذا انتفي نسب للولد عنه باللعان فلا يثبت بعد ذلك من غيره وانما يكون نسب الولد قاصرا على أمه وأقاربها. فلا تسه عن هذا.

و القرائن التى اعتبرها واضع القانون أساسا لتشريعه فقد أصبحت قانونا يتحتم علي القاضى أن يعمل به مطلقا في جميع الجزئيات التي تندرج تحت قاعدتها الكلية، ولا بحث له فيما وراء ذلك(٢)

والقرائن القضائية هى التى ينبغى أن توسم في الحقيقة بأنها أضعف الأدلة في الجملة.

وتنقسم القرائن القانونية إلي قسمين:

القسم الأول قرائن قانونية قاطعة: وهى اما أن يكون من شأنها ابطال عقد اتقاء لمخالفة أحكام القانون.

أو يكون الغرض منها منع سماع دعوى.

فمن النوع الأول بيع المريض مرض الموت لوارثه إلا اذا أجازه باقى الورثة، وكذا لغير الوارث فانه يبطل فيما زاده على ثلث مال البائع. ومن ذلك البيع الذى يكون للقضاة أو أعضاء النيابة أو كتبة المحاكم أو المحضرين أو المحامين في الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من اختصاص المحاكم التى يؤدون فيها عملهم فان القانون يعتبره باطلا ويتخذه واضعه قرينة علي استعمال نفوذ الحاكم أو الاكراه أو الرشوة.. الخ. ومن ذلك تصرفات المفلس التى فيها اضرار بدائنيه أو تمييز لبعضهم على بعض.

---

(٢) مادة ٩٩ اثبات «القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات علي أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

- مادة ١٠٠ اثبات «يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الأحوال التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود».

- مادة ١٤٧ مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية «القرينة الشرعية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات علي أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك».

- مادة ١٥٠ مشروع قانون الاثبات والمواد المدنية والتجارية مطابقة للمادة ١٠٠ من قانون الاثبات.

ومن النوع الثانى قوة الشيئ المحكوم به (٣) وقرينة الملك المستفادة من مضى المدة، وقرينة التخلص المستفادة من مضى المدة المسقط لسماع الدعوى،

وهى تنقسم باعتبار آخر إلى نوعين:

الأول: أن يكون مراعى فيها المصلحة العامة، وهذه لا تقبل إثبات ما يخالفها مطلقاً ولا يجوز فيها استجواب الخصم توصلا إلى إقراره، أو توجيه اليمين الحاسمة إليه، ويندرج تحتها قرينة قوة الشيء المحكوم به، والقرنة المستفادة من مضى المدة الطويلة. فإن واضع القانون لم يعتبر هذا النوع من القرائن ملكا للخصم بل اعتبره ملكا للعامة وشرعه لمصلحتهم محافظة على النظام العام ومن هذا أيضا قرينة العلم بالقانون بعد نشره فى الجريدة الرسمية.

الثانى: أن يكون للمصلحة الخاصة كما فى بيع المريض مرض الموت إذا أقر الوارث بأن البيع كان بيعا حقيقيا فإنه ينفذ، وهذا النوع من القرائن يجوز إثبات ما يخالفه باستجواب الخصم للحصول على اقراره، أو بتوجيه اليمين الحاسمة إليه .

(القسم الثانى) قرائن قانونية غير قاطعة: وهذه القرائن تقبل إثبات ما ينقضها. ومن أمثلتها وجود سند الدين تحت يد المدين أهـ .

القرائن القضائية : وهى التى لا يؤخذ بها إلا حيث يؤخذ بالشهود، وللقاضى الحرية الكاملة فى استنتاجها، ولم يقيده واضع القانون بأى قيد ولا اشترط عليه أى شرط بل وكل الأمر إلى ذكائه وفراسته.

وثَمَّ قرائن هى القرائن الطبيعية وهى قرائن قاطعة بحسب المشاهدة والاستقراء كاستلزام ثبوت حياة إنسان فى زمن معين أنه كان حيا قبل ذلك التاريخ (أى بحسب ما تشهد سنه) وكذا موت إنسان مضى على ولادته مائتا سنة (مثلا).

---

(٣)- مادة ١٠١ اثبات «الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل بنقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا.

- وجاء نص المادة ١٤٨ من مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية مطابقا لهذا النص.



الفصل الثانى

القرائن الشرعية

مقدمة

تقسيم القرائن الشرعية

وإنى استحسن أن أجارى هذا التقسيم القانونى للقرائن من تقسيمها إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية.

فأقسمها أنا أيضا إلى

قرائن شرعية.

وقرائن قضائية.

وأعنى بالأولى ما نص عليه الشارع أو استنبطه أئمة الشريعة باجتهادهم وصار شرعا اجتهاديا يفتى به المفتون ويحكم به القضاة المقلدون لذلك المجتهد.

وبالثانى ما يستنبطه القاضى من الحادثة التى ينظرها ومن كل ما يلابسها بذكائه وفطنته، وقد يلهم ذلك الهاما.

الفرع الأول

القرائن الشرعية

هى مبعثرة فى كتب الفقه وهاك أهمها:[1]

(أ) ثبوت النسب فى النكاح الصحيح وكون الولد للفراش. وإذا كان النكاح صحيحا فنسب الولد يثبت من أبيه وهو الزوج شرعا مع احتمال كونه من غيره حتى ولو قامت قرينة أخرى قوية جدا على أنه لغير صاحب الفراش (وانظر ما سيأتى فى القيافة) لكن الشارع اعتبر قيام الزوجية قرينة قاطعة على كون الولد من الزوج لا من غيره وقرر ذلك بقوله «الولد للفراش» وأما ثبوت النسب من الأم فيصح أن يبنى على المشاهدة. انظر ثبوت النسب والإقرار بالنسب فيما قدمناه من هذا الكتاب.

(ب) تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالدائنين أو الورثة كوقفة وهبته وكفالة وسائر تبرعاته واقراره لوارثه واقراره لأجنبى وطلاقه إلخ، وما لا حظه الفقهاء فى ذلك من الملاحظات الدقيقة أخذا من قيام التهمة واتخاذها قرينة من حيث الظاهر على اضرار الدائنين أو الورثة واتخاذ ما فيه حماية لحقوق الجميع (انظر كتابنا الأحوال الشخصية فى طلاق المريض وكتابنا الأهلية وعوارضها وما تقدم فى إقرار المريض).

(جـ) الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه واتخاذ ذلك قرينة على موته، وانظر اختلاف أنظار الفقهاء فى تقدير المدة التى يحكم فيها بوفاته وما يتعلق به من الأحكام قبل الحكم بموته وبعده ، ثم الحكم إذا ظهر حيا بعد أن حكم الحاكم بموته بالنسبة لأمواله وزوجته وما عليه العمل الآن فى المحاكم بناء على المادة (٨) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ والمادتين (٢١، ٢٢) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢.

---

(١) القرائن الشرعية القانونية

(راجع كتابنا الأحوال الشخصية) ثـم اقرأ ما جاء فى العدد ١٥٧ صفحة ١٧ من السياسة الأسبوعية وقارن بين ما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية وما نص عليه القانون الألمانى.

(د) تصرفات المفلس الضارة بالدائنين أو بعضهم مردودة لقيام القرينة على سوء قصده ولو ظاهرا - راجع مـذهب الصاحبين فى الحجر والتفلـيس وما جاء فى كتب الأئمة الثلاثة بشأن ذلك.

(هـ) وجـود سند الدين تحت يد المدين قريـنة ظاهرة على إيفاء الدين، وقـد نص على ذلك ابن فرحون فى باب القرائن وحكى خلافا فى المسألة، ونص عليه أيضا فى باب القضاء بشهادة الوثيقة.

(و) إذا فرق القاضى بين العنين وامرأته بسبـب العنة ثم جاءت بعد التفريق بولد إلى سنتين ثبت نسبه منه ويبطل التفريق لأنه لما ثبت نسبه كان ذلك قرينة ظاهرة على أن الرجل ليس بعنيـن. وبذلك يظهر بطـلان الفرقـة. انظر هذا البـحث فى التـبيـين وحاشيته وفى فتح القدير. (وما عليه العمل الآن إلى سنة واحدة)

(ز) عدم سـماع الدعوى بعـد مضى المدة الطويلة فى الوقف والارث وغيـرهما على مـا بين فى مـحله (راجع كـتاب الدعـوى) وهذا بناء على شـهـادة الظاهر فى كذب المدعى فى دعـواه واتخاذ ذلك قرينة بنى عليـها منع سمـاع الدعوى لكن عند الانكار فقط.

(ح) قـال فى الاشبـاه: المقضـى عليه فى حـادثة لا تسـمع دعواه ولا بينتـه الا اذا ادعى تلقى الملك من المدعى أو ادعى النتـاج، أو برهن على ابطال القضاء، كمـا ذكر العمادي. والدفع بعد القـضاء بواحد مما ذكر صحيح وينقض القـضاء، فكما يسمع الدفع قـبله يسـمع بعـده لكن بهذه الـثلاثة انتـهى بنصـه (٢): وهذا يقابـل قوة الشئ المحكوم به قانونا فيما لا تسمع فيه الدعوى بعد القضاء ووجهة النظر واحدة.

(٢) وقد شرحت ذلك شرحا وافيا فى «كتاب الدعوي» عند الكلام فى دفع الدعوي.

(ط) المقيم بدار الاسلام لا يعذر اذا ادعى الجهل ببعض أحكام الشرع، الا اذا كان من أهل دار الحرب وأسلم حديثا ودخل دارنا وارتكب ما يوجب الحد فور دخوله وهو يجهل حرمة ما ارتكب فانه يعذر على الصحيح.

وانظر هذا البحث فى رد المحتار وفى كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض الجهل. وهذا يقابل افتراض العلم بالقانون بعد نشره بالجريدة الرسمية اذ يتخذ فى كُلٍّ وجود الشخص على أرض الدولة قرينة على علمه بأحكام شرعها وقوانينها لشيوعها وذيوعها.

(ي) القضاء بالنكول ليس الا رجوعا الى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على أصل براءة الذمة. أنظر مبحث النكول فى كتابنا هذا.

(ك) اذا اختلى الرجل بأمرأته من نكاح صحيح وأرخى عليهما الستر ثم طلقها وقال لم أصبها، وادعت أنه وصل اليها صدقت وكان عليه المهر كاملا (أنظر كتابنا الأحوال الشخصية والتبصرة).

(ل) تنازع الزوجين فى متاع البيت مع عدم البينة يرجع فيه الى القرائن الظاهرة (أنظر كتابنا الأحوال الشخصية)..

وبالجملة فالأمثلة على ذلك كثيرة لا تحصي.

الفرع الثانى

"القرائن القضائية" (١)

قال فى التبصرة:

قد جاء العمل بالقرائن والأمارات الظاهرة فى مسائل اتفقت عليها المذاهب الأربعة وبعضها قال به المالكية فقط.

فمن ذلك قولهم فى الركاز اذا كانت عليه علامة المسلمين سمى كنزا وهو كاللقطة والا فهو ركاز جاهلى (أنظر باب الركاز)

(ومنه) جواز دفع اللقطة لمن يصفها بمميزاتها ومثل اللقطة الوديعة والسرقة وشبههما اذا جهل صاحبها.

(ومنه) الاستدلال بسكوت البكر على اذنها أو اجازتها (أنظر كتاب النكاح)

(ومنه) اعتبار اللوث والاعتماد عليه فى القسامة.

(ومنه) ما اذا شهد شاهدان فى الصحو فى المصر الكبير على هلال رمضان ولم يره غيرهما قال مالك هما شاهدا سوء لأن ذلك قرينة ظاهرة فى كذبهما.

(ومنه) استلحاق من يكذبه العقل لصغر المستلحق، أو الشرع لشهرة نسبه أو تكذبه العادة كدعوى رجل دارا بيد آخر حائز لها يتصرف فيها تصرف المالك فى ملكه مدة طويلة كعشر سنين، والمدعى مشاهد ساكت ولا مانع يمنعه من مطالبة الحائز بها واقامة الدعوى عليه (أنظر مبحث التناقض ومنع سماع الدعوي).

(ومنه) اقرار المريض لوارث أو صديق ملاطف فانه لا يقبل لقيام قرينة التهمة وقد تقدم.

(ومنه) ما ذهب اليه مالك وأحمد من أنه لا يقبل قول المرأة ان زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان وهما فى بيت واحد لأن ذلك قرينة على كذبها.

---

(١) القرائن القضائية الشرعية

(ومنه) انعقاد التبايع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاء بالقرائن والأمرات الدالة على الرضا.

(ومنه) أن مالكا رحمه الله يجعل الرهن كالشاهد فى قدر الدين الى مبلغ قيمة الرهن.

(ومنه) اذا كان لك مال فى ذمة رجل فأمرته أن ينفقه فى عمارة دار فقال أنفقته وفى الدار أثر يشبه أن ينفق فيه مثل ذلك فانه يصدق فى قوله مع يمينه (أنظرحكم ما اذا أدعى الولى أو الوصى الانفاق على الصغير، وكذا ناظر الوقف فى الانفاق على عمارته.

(ومنه) ما اذا وهب هبة تقتضى أنه يريد بها العوض فان القرائن الدالة على أنه قصد ذلك تقوم مقام الشرط مثل ان يهب الفقير لغنى بخلاف العكس. وقد قالوا ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

(ومنه) ما اذا وجد على كتاب ما يدل على أنه وقف فللحاكم أن يحكم بذلك بناء على تلك القرينة الظاهرة. ومثله الاعتماد على ما يوجد على أبواب الربط والمدارس من الأحجار المكتوب عليها الوقفية وتلخيص شروطها اذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك.

(ومنه) ما اذا تداعيا جدارا متصلا ببناء أحدهما وعليه جذوع للآخر فهو لمن اتصل ببنائه ولصاحب الجذوع موضع جذوعه لأنه حوزة ويقضى بالجدار لمن عليه عقود الأربطة، وللآخر بموضع جذوعه. وقد أورد صورا أخرى لذلك (٢).

ثم نقل ابن فرحون عن القرافى ما نصه: المدرك فى هذه الفتاوى كلها شواهد العادات، فمن ثبت عنده عادة قضى بها، واذا اختلفت العادات فى الاعصار والأمصار وجب اختلاف هذه الأحكام فان القاعدة المجمع عليها ـ ان كل حكم مبنى على عادة اذا تغيرت العادة تغير الحكم أهـ .

أقول: ومثله قول الاشباه: العادة محكمة.

---

(٢) أنظر جامع الفصولين ففيه هذه المسائل وافية جدا.

ومما حكاه ابن فرحون من ذلك: حكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه برجم المرأة التى ظهر بها حمل ولا زوج لها. وقال بذلك مالك وأحمد إعتمادا على القرينة الظاهرة.

ومثل ذلك حكمه هو وعثمان وعبدالله ابن مسعود رضى الله عنهم بوجوب الحد على من وجد فيه رائحة الخمر أو قاءها اعتمادا على القرينة الظاهرة وهو مذهب مالك رحمه الله أهـ. ومثله فى اعلام الموقعين.

أقول: ان لى فى اقامة الحد بالسببين المذكورين آنفا نظرا، كيف لا ، وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أدرءوا الحدود بالشبهات» ولا شك أن الشبهات هنا قائمة اذ يحتمل أن يكون لتلك المرأة زوج هو الذى أحبلها، ويحتمل أنها أكرهت أو اضطرت الى الزنا ويحتمل أن الحمل بطريق غير المواقعة كما نص عليه بعض الفقهاء وكما أثبته الطب الحديث (انظر كتاب تعليل النوع) الى غير ذلك من الاحتمالات ويقال مثل هذا فى المسألة الثانية فالاحتمال قائم والأمر مشكل جدا اللهم الا اذا قيل ان هذا من باب السياسة الشرعية لظروف اقتضت ذلك وللامام أن يعمل ما فيه المصلحة مهتديا بهدى الشرع، والله أعلم بحقيقة الحال.

هذا وقد كانت اللائحة الشرعية قد اجازت الحكم بالقرائن بمقتضى المادة (١٢٣) (٢) التى نصها «الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من اقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة» وقد اقتدت اللائحة فى ذلك بالمجلة العدلية فى المادة (١٧٤٠) وأقول ان المراد بالقاطعة، القوية بلا شك ولا ريب لبقاء الاحتمال مع وجود القرينة كما لا يخفى لكن الناحية التى تؤيدها القرينة تكون هى الناحية القوية الراجحة، وكفى هذا .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما نصه: ليس الغرض من الدليل الذى يقدم

---

(٣) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ـ مادة ١٤ مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية «طرق القضاء هى الاقرار والاستجواب والشهادة والكتابة واليمين والقرائن والمعاينة والخبرة».

للقضاء سوى ابانة الحق واظهاره. وقد يوجد فى الدعول من القرائن القاطعة ما يرجح كفة أحد الخصمين ويدل على الحق فى الخصومة. وليس من العدالة (أى العدل) ولا من الحق أن تهدر دلالتها ويحجر على القضاء الأخذ بها. وقد جاءت الشريعة الغراء باعتبارها، واعتمد الفقهاء عليها فى صدر الاسلام فى أقضيتهم عليها. لذلك أضيفت القرينة القاطعة الى الأدلة الشرعية المقبولة، وعرف الدليل للارشاد الى ما هو المقصود منه ليسير القضاة فى التطبيق على وفقه أهـ.

قال فى ظفر اللاضى الحكم بالقرينة القوية قد حكى الحافظ رحمه الله أنه مجمع عليه أهـ.

وأقول ان تقدم التحقيقات الجنائية الآن مكن المحققين من الوصول الى قرائن تكاد تكون فى حيز القطع واليقين كبصمات الأصابع، وقرائن أخرى قد لا تنزل فى دلالتها عن ذلك.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

ـ من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ أن من القرائن مانص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها مايستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهده، وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة، اعتبارا بأن القضاء «فهم»، ومن القرائن القاطعة مالا يسوغ تعطيل شهادته اذ منها ماهو أقوى من البينة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الكذب والصدق، الا أنه لما كانت القرينة القاطعة هى مايستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وهى امارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لايقبل شكا أو احتمالا، وهى بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة (٤).

---

(٤) الطعن رقم ٨٩ سنة ٥٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٥/ ١/ ١٩٩١ مجموعة المكتب الفنى السنة٤٢ ص١٩٤، الطعن رقم ٢٨ سنة ٣٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩/ ١/ ١٩٦٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص١٧٤، الطعن رقم ١٢ سنة ٤٦ ق أحوال شخصية جلسة ١٠/ ٥/ ١٩٧٨ مجموعةالقواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٩١ قاعدة ١٩٤٩

ـ أن من القـرائن مانص علـيه الشـارع أو استنبـطه الفقـهاء باجـتـهادهم ومنهـا مايستنبطه القـاضى من دلائل الحال وشواهده، وكتب الحنفية مملوءة باعـتبار القرائن فى مواضع كثيرة، اعتبارا بأن القضاء «فهم»، ومن القرائن مالا يسوغ تعطيل شهادته اذ فيها ماهو أقوى من البينة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الكذب.(٢)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمةان للقضاء النهائى قوة الأمر المقضى فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم، ومـتى حاز الحكم هذه القوة فانه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسـألة التى فصل فيها ولو بأدلة قانونية أو واقعـية لم يسـبق اثارتها أو اثيرت ولم يـبحثـها الحكم الصادر فـيهـا واذ كان الحكم الصادر فى الدعوى السابقـة والمؤيد استئنافيا قضى بعـدم سماع الدعوى لمضى المدة وهى دعوى سبق أن اقـامها المطعون عليه الأول وآخـرون على الطاعنة بطلب ثبوت استحقاقهم حصصا فى الشق الأصلى من الوقف فانه لايجوز لهم معاودة طرح هذا النزاع أمام المحاكم مرة أخرى. (٣).

ـ الأصل فى الأحكام الصادرة بـالنفقة ـ وعلى مـاجرى به قضـاء هذه المحكمة ـ أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما يقبل التغيير والتعديل، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها (٤).

ـ المقرر فى قضاء هذه المحـكمة أن شهادة الميلاد بمجردها ليسـت حجة فى إثبات النسب وإن كانت تعد قرينة عليه (٥)

– قاضى الموضوع ـ وعلى ماجرى به قضـاء محكمة النقض ـ حر فى أن يستنبط

---

(٢) الطعن رقم ٤٧ سنة ٥١ ق أحوال شخصية جلسة ١٨/ ٥/ ١٩٨٢

(٣) الطعن رقم ٢٢ سنة ٤٤ ق أحوال شخـصية جلسة ١٤/ ٤/ ١٩٧٦ مجـموعةالقواعد التى قررتهـا محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧٠٣ قاعدة ١٩٨٩

(٤) الطعن رقم ٤ سنة ٤٠ ق أحوال شـخصيـة جلسة ٢٤/ ٥/ ١٩٧٢ مجـموعةالقواعـد التى قررتها مـحكمة النقض فى خمسين عاما ص٦٩٣ ـ ٦٩٤ قاعدة ١٩٥٧ ـ ١٩٥٩

(٥) الطعن رقم ١١ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية جلسة ٤/ ٢/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ص ٣٩٨

القرينة التى يعتمد عليها من وقائع الدعوى والاوراق المقدمة له ومن اقوال شهود سمعوا فى تحقيق قضائى أو ادارى. واذا كان حكم الاستجواب قد التزم هذا النظر واقام قضاءه فى هذا الخصوص على أنه «وان كان التحقيق الذى أجرته محكمة أثينا بطريق الانابة تنفيذا للحكم الذى أصدرته محكمة القاهرة الابتدائية قد تم بعد الميعاد المضروب له وبعد أن صدر الحكم المستأنف مما يجعله منقطع الصلة بسير الدعوى فى مرحلتها الابتدائية وكان الحكم الابتدائى لم يعتمد على هذا التحقيق لصدوره قبل اجرائه الا أن المحكمة ليست ممنوعة من أن تستنبط من هذا التحقيق الذى أجرته سلطة قضائية ماتشاء من قرائن تعينها على الفصل فى الدعوى مادام الاثبات بالقرائن جائزا، ورأى أن يستجوب الطاعن فى الوقائع التى وردت فى أقوال هؤلاء الشهود» فانه لايكون قد خالف القانون. (٦)

ـ لا تثريب على المحكمة فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى قضية أخرى أن هى أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الاثبات فى الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن (٧)

ـ اذ كانت محكمة الموضوع قد عرضت للمستندات المقدمة من الطاعنين وأحاطت بها ولم تر فيها دليلا كاملا على صحة الدعوى، وكانت هذه المستندات لاتعدو أن تكون مجرد قرينة من القرائن القضائية التى يخضع تقديرها المطلق لسلطان قاضى الموضوع فلا على الحكم إذا هو طرحها لقصور دلالتها عن افادة ثبوت النسب. (٨).

---

(٦) الطعن رقم ٨٦٥ سنة ٦٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٨/ ١١/ ٢٠٠٢،

الطعن رقم ٢١ سنة ٣٥ ق أحوال شخصية جلسة ٣١/ ٥/ ١٩٦٧

(٧) الطعن رقم ١٨ سنة ٣٩ ق أحوال شخصية جلسة ١٠/ ٥/ ١٩٧٢

(٨) لطعن رقم ١٢ سنة ٤٥ ق أحوال شخصية جلسة ٩/ ٦/ ١٩٧٦

(٦، ٧، ٨) مجموعةالقواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧٠٥ قاعدة١٩٩١ و١٩٩٢ وص ٧٠٦ قاعدة ١٩٩٤.

ـ إذ كـان النسب يثبت بـالفراش وكـان البين من الحكم الابتـدائى المؤيد بالحكم المطعون فيـه أنه أقام قضاءه بثـبوت نسب الصغيـرة إلى الطاعن على سند من اقراره بالتحقيقات الادارية المقدمة صورتها الرسمـية بقبوله الزواج من المطعون عليها عرفيا ودفعة مهرا لهـا ثم دفعه لها مؤخر صداقها من شـهرين سابقين على تقديم الشكوى وهو اقرار صريح يفيد قيام الزوجية بينه وبين المطعـون عليها بعقد صحيح شرعا فى التاريخ الذى حـددته وإلى عدم ثبـوت قيـام المانع من الدخول وبثبـوت تمام الوضع لاكثر من ستة أشهر من عقد الزواج، وكانت هذه الاسباب تكفى لحمل هذا القضاء فان النعى على الحكم المطعـون فيه بصدد مـاساقه من قرينة مـساندة استخلصـها من الاقرار ـ الصادر من المطعون عليها ـ يكون غير منتج (٩).

ـ الحكم المطعـون فيه عـول فى قضـائه بثبوت نـسب الصغيـرة إلى الطاعن رغم انكار ولادتهـا ـ على ماتضـمنه تقـرير الطبيب المـنتدب .. ومـاأورده طبيب الوحـدة الصـحيـة فى تقريره.. ومـاجاء بالشـهادة الإدارية.. وهى مـجرد قـرائن ان صلحت لاثبات حمل المطعون عليها الا انها لاتقوم بها الحجة الشرعية على ولادتها الصغيرة المدعى نسبـها فان الحكم المطعون فيـه اذ إكتفى بهذه القـرائن لاثبات الولادة المتنازع فيها دون أن تتوافر عليها البينة الشرعية يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (١٠).

---

(٩) الطعن رقم ٢٨ سنة ٤٤ ق أحوال شخـصية جلسة ١٢/ ٥/ ١٩٧٦ مجـموعةالقواعد التى قررتهـا محكمة النقض فى خمسين عاما ص٧٠٧ قاعدة٢٠٠٠

(١٠) الطعن رقم ٥٠ سنة ٥١ ق أحوال شخصية جلسة ٢٣/ ١١/ ١٩٨٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٣ ص ١٠٣٤

الفرع الثالث

مقتطفات عن القرائن

مما جاء فى كتب فقهاء الشريعة الاسلامية وغيرهم

وسأذكر هنا بعض ماجاء فى كتاب الطرق الحكمية للامام ابن القيم من الأخذ بالقرائن والعمل بالفراسة. قال: الحاكم اذا لم يكن فقيه النفس فى الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولايشكون فيه اعتمادا على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وسائر أحواله فهاهنا نوعان من الفقه لابد للحاكم منهما: فقه فى أحكام الحوادث الكونية، وفقه فى نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع.

وقال: قال رجل لاياس بن معاوية علمنى القضاء قال القضاء لايعلم انما القضاء فهم ولكن قل علمنى العلم، وهذا هو سر المسألة فان الله سبحانه وتعالى يقول « وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما» فخص سليمان بفهم القضية وعمهما بالعلم.

وكذلك كتب عمر إلى قاضيه ابى موسى فى كتابه المشهور (الفهم الفهم فيما أدلى به اليك) والذى اختص به اياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما فى العلم هو الفهم فى الواقع والاستدلال بالامارات وشواهد الحال، وهذا الذى فات كثيرا من الناس فاضاعوا كثيرا من الحقوق.

وقال وهل القضاء بالنكول الا رجوع إلى مجرد القرينة الظاهرة التى علمنا بها ظاهرا أنه لولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين فلما نكل عنها كان

نكوله قرينة ظاهرة دلالة على صدق المدعى فتقدمت على أصل براءة الذمة. وكثير من القرائن والامارات أقوى من النكول والحس شاهد بذلك فكيف يجوز تعطيل شهادتها أهـ.

اقول هذا الكلام انما يرد على قول الصاحبين ومن ذهب مذهبهما فى أن النكول يدل عن الاقرار ولايرد على قول أبى حنيفة فى أن النكود بذل.

وهاك بعض ماأورده ابن القيم من المسائل التى أخذ فيها بالقرائن وصدقت فيها الفراسة. كما قال: ولاتنس فى هذا الموضع نور نبى الله سليمان صلى الله عليه وسلم للمرأتين اللتين ادعتا الولد فحكم به داود صلى الله عليه وسلم للكبرى، فقال سليمان ائتونى بالسكين أشقه بينهما فسمحت الكبرى وقالت الصغرى لاتفعل رحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى، فأى شئ أحسن من اعتبار هذه القرينة الظاهرة، فاستدل برضا الكبرى وانها قصدت الاسترواح الى التأسى بمساواة الصغرى فى فقد ولدها، وشفقة الصغرى عليه وامتناعها من الرضا بذلك دل على انها امه وان الحامل لها على الامتناع من الدعوى ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التى وضعها الله تعالى فى قلب الام لذلك قدم هذه القرينة على اقرارها فانه حكم به لها مع قولها هو ابنها وهذا هو الحق ـ فان الاقرار اذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت اليه أبدا ـ ولذلك ألغينا اقرار المريض مرض الموت بمال لوارثه لانعقاد سبب التهمة واعتمادا على قرينة الحال فى قصده تخصيصه.

ومن تراجم قضاة السنة والحديث على هذا الحديث ترجمة ابى عبدالرحمن النسائى فى سننه قال: التوسعة للحاكم فى أن يقول للشئ الذى لا يفعله أفعل كذا ليستبين به الحق. ثم ترجم عليه ترجمة اخرى أحسن من هذا فقال: الحكم بخلاف مايعترف به المحكوم عليه اذا تبين للحاكم ان الحق غير مااعترف به فهذا يكون الفهم عن الله ورسوله. ثم ترجم عليه ترجمة أخرى فقال: نقض الحاكم ماحكم به غيره ممن هو مثله أو أجل منه. فهذه ثلاث قواعد. ورابعة وهى مانحن فيه وهى

الحكم بالقرائن. وخامسة وهى أنه لم يجعل الولد لهما كما يقوله ابو حنيفة . فهذه خمس سنن فى الحديث (١).

وقال: ومن ذلك قول الشاهد الذى ذكر الله شهادته ولم ينكرها بل حكاها مقررا لها فقال « واستبقا الباب وقدت قميصه من دبر وألفيا سيدها لدى الباب قالت ماجزاء من أراد بأهلك سوءا الا أن يسجن أو عذاب أليم. قال هى راودتنى عن نفسى وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين. وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين، فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم » فتوصل بقد القميص إلى تمييز الصادق منهما من الكاذب وهذا لوث فى أحد المتنازعين يبين به وجه الحق.

وقال : أن إمرأة أتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فشكرت زوجها وقالت هو من خير أهل الدنيا يقوم الليل حتى الصباح ويصوم النهار حتى يمسى، ثم أدركها الحياء. فقال جزاك الله خيرا فقد أحسنت الثناء. فلما ولت قال كعب بن سور يا أمير المؤمنين لقد أبلغت إليك فى الشكوى فقال وما اشتكت قال زوجها قال على بها ثم قال لكعب إقض بينهما قال أقضى وأنت شاهد قال إنك قد فطنت إلى ما لم أفطن له، قال أن الله يقول « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوما وقم ثلاث ليال وبت عندها ليلة. فقال عمر هذا أعجب من الأول فبعثه قاضيا لأهل البصرة فكان يقع له فى الحكومة من الفراسة أمور عجيبة.

كذا شريح فى فراسته وفطنته قال الشعبى : شهدت شريحا وقد جاءته امرأة تخاصم رجلا فأرسلت عينها وبكت فقلت يا أبا أمية ما أظن هذه البائسة إلا مظلومة فقال يا شعبى إن أخوة يوسف جاءوا أباهم عشاء يبكون أهـ. وقال : ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والامارات فإذا ظهرت لهم لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً.

---

(١) انظر البدائع فى دعوى امرأتين ولدا ولا دليل لاحداهما على دعواهما.

وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرقهم وسألهم كيف تحملوا الشهادة وأين تحملوها وذلك واجب عليه متى عدل عنه أَثِمَ. وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعى عن سبب الحق ونظر الحال هل يقتضى صحة ذلك. وكذا إذا ارتاب فى أن القول قوله وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التى تدله على صورة الحال، وقل حاكم أو وال إعتنى بذلك وصارله فيه ملكة ألا وقد عرف المحقق من المبطل وأوصل الحقوق إلى أهلها.

وقد مدح الله سبحانه وتعالى الفراسة وأهلها فى مواضع من كتابه فقال «إن فى ذلك لآيات للمتوسمين » وهم المتفرسون الآخذون بالسيما وهى العلامة يقال تفرست فيك كيت وكيت وتوسمته. وقال تعالى « ولو نشاء لأريناكم بسيماهم» وقال تعالى «يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم» وفى جامع الترمذى مرفوعا - اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله ثم قرأ أن فى ذلك لآيات للمتوسمين - وقال استودع رجل غيره مالا فجحده فرفعه إلى إياس فسأله فأنكر فقال للمدعى أين دفعت إليه فقال فى مكان كذا فى البرية فقال و ما كان هناك قال شجرة قال إذهب إليها فلعلك دفنت المال عندها ونسيت فتذكر إذا رأيت الشجرة فمضى وقال للخصم إجلس حتى يرجع صاحبك. واياس يقضى وينظر إليه ساعة بعد ساعة قال يا هذا أترى صاحبك بلغ مكانة الشجرة قال لا قال يا عدو الله إنك خائن قال أقلنى قال أقالك الله فأمر من يحتفظ به حتى جاء الرجل فقال له اياس اذهب معه فخذ حقك منه.

قال: وكان القاضى أبوحازم له فى ذلك العجب العجاب وكانوا ينكرون عليه ثم يظهر الحق فيما فعله. قال مكرم بن أحمد : كنت فى مجلس القاضى أبى حازم فتقدم رجل شيخ ومعه غلام حدث فادعى الشيخ عليه ألف دينار دينا فقال ما تقول قال نعم فقال القاضى للشيخ ما تشاء قال حبسه قال لا فقال الشيخ إن رأى القاضى أن يحبسه فهى أرجى لحصول مالى. فتفرس أبوحازم فيها ساعة ثم قال تلازما حتى أنظر فى أمركما فى مجلس آخر فقلت له لما أخرت حبسه فقال ويحك إنى أعرف

فى أكثر الأحوال فى وجوه الخصوم وجه المحقق من المبطل وقد صارت لى بذلك دراية لا تكاد تخطىء وقد وقع لى أن سماحة هذا الإقرار عين كذبه ولعلى يتكشف لى من أمرهما ما أكون معه على بصيرة أما رأيت قلة تعاصيهما فى المذاكرة وقلة إختلافهما مع عظم المال، وما جرت عادة الأحداث بفرط التورع حتى يقر بمثل هذا طوعا عجلا منشرح الصدر على هذا المال. قال فنحن كذلك نتحدث إذ أتى الآذن يستأذن على القاضى لبعض التجار فأذن له. فلما دخل قال أصلح الله القاضى انى بليت بولد لى حدث يفقد كل مال يظفر به من مالى فى القنان عند فلان فإذا منعته إحتال بحيل تضطرنى إلى التزام الغرم عنه وقد نصب اليوم صاحب القنان يطالب بألف دينار حالا وبلغنى أنه تقدم إلى القاضى ليقر له فيسجنه وأقع مع أمه فيما ينكد عيشنا إلى أن أقضى عنه. فلما سمعت بذلك بادرت إلى القاضى لأشرح له أمره. فتبسم القاضى وقال لى كيف رأيت فقلت هذا من فضل الله على القاضى فقال على بالغلام والشيخ، فأرهب أبوحازم الشيخ ووعظ الغلام فأقر فأخذ الرجل إبنه وانصرفا.

وقال إن شابا شكا إلى على رضى الله عنه نفراً فقال إن هؤلاء خرجوا مع أبى فى سفر فعادوا ولم يعد أبى فسألتهم عن ماله فقالوا ما ترك شيئا وكان معه مال كثير، وترافعنا إلى شريح فاستحلفهم وخلى سبيلهم فدعا على بالشرط فوكل بكل رجل رجلين ووصاهم ألا يمكنوا بعضهم أن يدنوا من بعض ولا يمكنوا أحدا أن يكلمهم. ودعا كاتبه ودعا أحدهم فقال أخبرنى عن أبى هذا الفتى أى يوم خرج معكم وفى أى منزل نزلتم وكيف كان سيركم وبأى علة مات وكيف أصيب بماله وسأله عمن غسله ودفنه ومن تولى الصلاة عليه وأين دفن ونحو ذلك، والكاتب يكتب فكبر على فكبر الحاضرون- والمتهمون لا علم لهم إلا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم - ثم دعا آخر بعد أن غيب الأول عن مجلسه فسأله كما سأل صاحبه، ثم الآخر كذلكم حتى عرف ما عند الجميع فوجد كل واحد منهم بخبر ما أخبر صاحبه ثم أمر برد الأول فقال يا عدو الله قد عرفت عنادك وكذبك بما سمعت من

أصحابك وما ينجيك من عقوبتك إلا الصدق ثم أمر به إلى السجن وكبر وكبر معه الحاضرون فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم فدعا آخر منهم فهدده فقال يا أمير المؤمنين والله لقد كنت كارها لما صنعوه ثم دعا الجميع فأقروا بالقصة واستدعى الذى بالسجن وقيل قد أقر أصحابك ولا ينجيك سوى الصدق فأقر بكل ما أقر به القوم. فأغرمهم المال وأقادهم بالقتل.

وقال: لما استعمل عمر بن الخطاب رضى الله عنه المغير بن شعبة على البحرين كرهه أهلها فعزله فخافوا أن يرده عليهم فقال دهقائهم أن فعلتم ما آمركم به لم يرد علينا قالوا مرنا بأمرك قال تجمعون مائة ألف درهم حتى أذهب إلى عمر وأقول أن المغيرة اختان هذا فدفعه إلى فدعا عمر المغيرة فقال ما تقول فى هذا ؟ قال كذب أصلحك الله إنما كانت مائتى ألف فقال ما حملك على ذلك قال العيال والحاجة، فقال عمر للدهقان ما تقول فقال والله لأصدقنك والله ما دفع إلى لا قليلا ولا كثيرا ولكنا كرهناه وخشينا أن ترده إلينا فقال عمر للمغيرة ماحملك على هذا ؟ قال: الخبيث كذب على فأردت أن أخزيه.

وقال أحضر بعض الولاة شخصين متهمين بسرقة فأمر أن يؤتى بكوز من الماء فأخذه بيده فألقاه عمدا فانكسر فارتاع أحدهما وثبت الآخر فلم يتغير فقال للذى انزعج اذهب وقال للآخر احضر العملة (النقود). فقيل له من أين عرفت ذلك؟ فقال : اللص قوى القلب لاينزعج والبرىء يرى أنه لو نزلت فى البيت فأرة لأزعجته ومنعته من السرقة.

وقال الليث بن سعد أتى عمر بن الخطاب بفتى أمرد وجد قتيلا ملقى على وجه الطريق فسأل عمر عن أمره واجتهد فلم يقف له على خبر فشق ذلك عليه فقال اللهم اظفرنى بقاتله. حتى إذا كان على رأس الحول وجد صبى مولود ملقى بموضع القتيل فأتى به عمر فقال ظفرت بدم القتيل إن شاء الله فدفع الصبى إلى امرأة وقال قومى بشأنه وخذى منا نفقته وانظرى من يأخذه منك فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها فأعلمينى بمكانها. فلما شب الصبى جاءت جارة فقالت للمرأة أن

سيدتى بعثتنى إليك لتبعثى بالصبى لتراه وترده إليك قالت نعم إذهبى إليها وأنا معك فذهبت بالصبى والمرأة معها حتى دخلت على سيدتها فلما رأته أخذته فقبلته وضمته إليها. فإذا هى إبنة شيخ من الأنصار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتب عمر وأخبرته. فاشتمل على سيفه ثم أقبل إلى منزل المرأة فوجد أباها متكئا على باب داره فقال يا فلان ما فعلت ابنتك فلانة قال جزاها الله خيرا يا أمير المؤمنين هى من أعرف الناس بحق الله وحق أبيها مع حسن صلاتها وصيامها والقيام بدينها . قال عمر قد أحببت أن أدخل إليها فأزيدها رغبة فى الخير وأحثها عليه. فدخل أبوها ودخل عمر معه فأمر من عندها فخرج وبقى هو والمرأة فى البيت فكشف عمر عن السيف فقال أصدقينى وإلا ضربت عنقك. وكان لا يكذب فقالت على رسلك هو الله لأصدقن ، إن عجوزا كانت تدخل على فاتخذها أما وكانت تقوم من أمرى كما تقوم به الوالدة وكنت لها بمنزلة البنت ثم إنها قالت يا بنية إنه قد عرض لى سفر ولى إبنة فى موضع أتخوف عليها فيه أن تضيع وقد أحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفرى فعمدت إلى إبن لها شاب أمرد فهيأته كهيئة الجارية وأتت به لا أشك أنه جارية فكان يرى منى ما ترى الجارية من الجارية حتى اغتفلنى يوما وأنا نائمة فما شعرت حتى علانى وخالطنى فمددت يدى إلى شفرة كانت إلى جنبى فقتلته ثم أمرت به فألقى حيث رأيت، وقد اشتملت منه على هذا الصبى فلما وضعته ألقيته فى موضع أبيه، فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك. قال صدقت ثم أرضاها ودعا لها وخرج وقال لأبيها نعم الإبنة ابنتك ثم انصرف.

وقال: خاصم غلام أمه إلى عمر بن الخطاب فجحدته فسأله البينة فلم تكن عنده، وجاءت المرأة بنفر فشهدوا أنها لم تتزوج وأن الغلام كاذب عليها وقد قذفها فأمر عمر بضربه فلقيه على رضى الله عنه فسأل عن أمرهم فلما أخبر به دعاهم ثم قعد فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم وسأل المرأة فجحدت فقال للغلام اجحدها كما جحدتك فقال يا ابن عم رسول الله انها أمى قال اجحدها وأنا أبوك والحسن والحسين أخواك قال قد جحدتها وأنكرتها فقال على لأولياء المرأة أمرى فى هذه

المرأة جائز؟ قالوا نعم وفينا أيضا. فقال على أشهد من حضر أنى قد زوجت هذا الغلام من هذه المرأة الغريبة منه، يا قنبر ائتنى بطينة فيها دراهم فأتاه فعد أربعمائة وثمانين درهما فقذفها مهر لها وقال لها وقال للغلام خذ بيد امرأتك ولا تأتينا إلا وعليك أثر العرس. فلما ولى قالت المرأة يا أبا الحسن الله الله هو والله ابنى. قال كيف ذلك قالت إن أباه كان زنجيا وان اخوتى زوجونى منه فحملت بهذا الغلام وخرج الرجل غازيا فقتل وبعثت بهذا إلى حى بني فلان فنشأ فيهم وأنفت أن يكون ابنى فقال على أنا أبو الحسن والحقه بأمه وثبت نسبه (٢)

---

(٢) قال موسهيم فى كتابه تاريخ الكنيسة فى الفصل الرابع من القسم الثانى من الكتاب الثالث فى بيان الطرق التى كانت متبعة فى توضيح الحق وبيان المحاكمات التى كانت متبعة الى القرن الثانى عشر من الميلاد أن ذلك كان بواسطة الماء البارد وبالمصارعة والحديد المحمى كالجمر وبالصليب وبطرق أخرى فى هذا القرن «أى القرن التاسع» والذى بعده. ولا انسان رزين العقل فى يومنا هذا يرتاب فى أن هذه الطرق الوهمية أصلها من عوائد البرابرة وانها افكية ومغايرة لجوهر الديانة الحقيقية غير أنه فى ذلك العصر لم يخجل الأحبار والأساقفة الدون من أن يكرموها ويعظموها بالصلوات والعشاء الربانى وبطقوس أخرى ليعطوها رونقا مسيحيا أهـ بنصه العربى. وقال فى هامشه ما نصه: أنه كان يؤتى بالشخص الواقع عليه الامتحان الى الكنيسة ويحلف بأقسام عظيمة أنه يقر بالحقيقة فانه لم يقر يتناول ويرش بالماء المقدس ويؤخذ الى نهر أو بحيرة ثم يقسم الكاهن على الماء ويأمره أن لا يقبل الشخص أن كان مذنبا فحينئذ يجرد المعترف من ثيابه ويكتف ويربط بحبل حتي يخرجوه حين يغرق إلى عمق معلوم، وحين يطرح فى الماء فان عام كان مذنبا وأن غرق الى العمق المفروض المقدر علي الحبل «وكان أحيانا نحو ذراعين» فحالا يسحب من الماء ويحسب بريئا. «وان الاستحضارات الدينية المستعملة فى الماء البارد تستعمل فى الماء الحار أيضا فيحمى الكاهن ماء على النار إلى أن يغلى فينزله ويغطس فيه حجرا يمسكه بسلك إلى عمق قبضة أو قبضتين أو ثلاث قبضات وعلى المعترف أن يغطس يده وذراعه مجردة قابضا علي الحجر ويخرجها فحالا يلفون اليد والذراع بالكتان ويسبل علي الجميع كيس ويختمونه فبعد ثلاثة أيام يكشفون علي اليد والذراع فان لم يحترقا يحسب الانسان بريئا، فهذا يكاد يستعمل مثل ذلك غير أنهم كانوا يحسبونه أليق بذوى الحسب والنسب». وان الامتحان بالمصارعة أصله من البرابرة الشماليين وكان رائجا قبل التاريخ المسيحى فأتى به اللمبارديون الى ايطاليا والجرمانيون الى سوابيا وبطل استعمالها شيئاً فشيئاً غير انها لم تبطل شرعا فى فرنسا وانجلترا ولهذا ترى فى الجيل التاسع والعاشر

= أن الحق بطلب المصارعة كان مدعى به في ديوان انجلترا. وأما الامتحان بالحديد المحمى فقد كان يحسب أشرف من استعمال الامتحان بالماء وأحيانا يمشى الانسان حافيا على تسع سكك أو اثنتى عشرة سكة محمية كالجمر دائماً على كل منها وأغلب الأحيان كأن يحمل حديدة بيده المجردة أطول من رجله بعشر مرات والطقوس الدينية التى كانت تستعمل فى هذا الامتحان كانت تماثل كثيرا الطقوس المستعملة بالامتحان بالماء الحار. وأما الأمتحان بالصليب فقيل انهم كانوا يستوقفون الشخص زمناً طويلاً وهو ماد ذراعيه كالصليب فان كل واغمى عليه ووقع يحسب مذنبا. ولهم طرق أخرى فى الامتحان بالصليب أهـ بنصه (أنظر ص ٣٣٥ ومابعدها من التاريخ المذكور). فانظر أرشدك الله ووفقنا واياك لهدايته الى الطرق التى كان يستعملها أمراء المسلمين وقضاتهم فى استخراج الحق والوصول اليه فى القرن الاول من الهجرة (الموافق للقرن السابع من الميلاد) وما بعده وقارنه بما كان متبعاً فى الكنيسة الرومانية الى القرن الثانى عشر من الميلاد بل الثالث عشر منه الذي كان يوافق القرنين السادس وبعض السابع من الهجرة وأحمد الله تعالى على نعمته، وكان نور العلم الصحيح قد أشرق على القارة الأوربية من بلاد الأندلس الاسلامية فى تلك الأونة وقبلها بزمن بعيد ذكر ذلك موسهيم فى تاريخه المذكور فى عدة مواضع منه بكل انصاف. كذلك أشرق ذلك النور على أوروبا من بلاد الشرق الاسلامية بعد الحروب الصليبية على ماهو مفصل أتم تفصيل فى كتب التاريخ التى قضى الانصاف على أصحابها أن تذكر الأمور على حقيقتها.

ثم أقول لا شك أن تلك الأعمال التى جمعت بين السخافة والوحشية التى نقلناها هنا عن موسهيم هى من آثار الوثنية التى بقيت فى أوروبا بعد دخول المسيحية فيها.

الفرع الرابع

خـــاتمة

خلاصـــــة الموضـــوع

أقول ومع ما للفراسة من هذه المزايا التى لاتنكر يجب الاحتياط والاحتراس الشديدان فى الأخذ بها.

وما أحسن ما قاله العلامة ابن عابدين رحمه الله فى رسالته بناء الأحكام على العرف: ان الحكم بالقرائن محتاج الى نظر سديد وتوفيق وتأييد أ.هـ.

وكذا ما قاله فى معين الحكام قال: وينبغى أن يكون القاضى غير زائد فى الدهاء وذلك أمر زائد على الفطنة وانما نهى عن ذلك لأنه يحمل على الحكم بالفراسة وتعطيل الطرق الشرعية من البينة والايمان، وقد فسد الزمان وأهله واستحال الحال.

والحق أن هذه المسألة كلما ازداد النظر فيها امعانا ازدادت دقة وصعوبة والحزم فيها ألا يسترسل فى الاعتماد على الفراسة فان فى ذلك ضربا من المجازفة والمخاطرة ولئن أمن على نفسه أمثال على وشريح واياس ممن كانوا ينظرون الى الوقائع بنور الله وتوفيقه - ان أكثر القضاة والحكام غير مأمون عليه من الزلل فى ذلك.

والحل الوحيد عندى هو أن يتحرى جد التحرى فى اختيار القضاة ممن يتوافر فيهم الفهم الكامل والعلم الناضج والاستقلال فى الرأى والاستقامة التامة وممارسة أحوال الناس ومعرفة البيئة التى هم عائشون فيها معرفة صحيحة مهما كلف ذلك خزانة الدولة من النفقات ومشقة البحث والتنقيب مع بقاء المراقبة القضائية وفتح باب الشكوى لكل شاك. وهذا أقصى مايمكن عمله فى الاصلاح القضائى فى هذا العالم المحفوف بالنقائص.

يرى صاحب كتاب السر فى خطأ القضاة (١) بناء على استقراءاته العديدة

---

(١) أنظر كتاب السر فى خطأ القضاء الاستاذ ج جليرمه المحامى أمام محكمة استئناف باريس وقد ترجم كتابه هذا الى اللغة العربية وطبع فى مصر سنة ١٩١٤.

وملاحظاته الدقيقة المتكررة التى بين الكثير منها فى كتابه أنه يجب على القضاة والمحققين أن يكونوا على معرفة تامة بعلم الأحوال النفسية من حيث ارتباطه بالقضاء ولقد شخص الداء فأجاد ووصف الدواء فأفاد.

ولاشك أن ما رآه هو الصواب لأن القاضى والمحقق ينكشف لهما بدراسة هذا العلم من بواطن المتقاضين والشهود ما كان محجوبا عنهما بحجب الظواهر من خلابة وخداع. وتملق ورياء، ونفاق وتلبيس ونحو ذلك فيطلع بثاقب فكره على خبايا النفوس ومستودعات الضمائر ويتغلغل بصائب نظره الى مستقر السرائر ويقال له « فكشفنا عنك غطاءك فبصرك اليوم حديد» وبذلك يكون حكمه على مايشتهيه الامام ابن القيم وغيره من ائمة المسلمين منطبقا على الواقع أو قريبا منه بقدر ماتسمح له به الطاقة البشرية. ومجرد العلم لايكفى بل لابد أن يكون معة قوة فى الارادة وصدق فى العزيمة واستقلال فى الرأى حتى يكون لعقله السلطان التام على عواطفه وميوله النفسية فلا يتأثر بضراعة امرأة كاذبة ولا يستهويه جمال حسناء أجادت فنون إجتذاب القلوب ولايروعه خلابة مدره منطيق يسحر ببيانه العقول ولايورطه نفاق منافق ولا يعطفه اليه ملحق متملق ولا تغلبه حيلة محتال بل يكون فى كل ذلك عليما خبيراً ذا استبداد في الرأى فى طلب الحق وضبط العواطف. والوصول الى هذه المرتبة يحتاج الى رياضة وعلاج ياله من علاج، فكم قاضياً أمكنه أن يتغلب على مجارى العادات من النفوس فيفلت من تحكمها فيه؟ ولاسيما بعد أن هيأت لها قرارا مكينا اكتسبته بمضى المدة والتكرار فينظر الى الحوادث نظرا مجرداً بنور العقل وتوفيق الله وقد سدت مسالك العواطف الكاذبة والمؤثرات الخادعة فلم تجد منفذاً الى مصدر الحكم منه الا مالم يقو على رده التكوين الانسانى. اللهم الا من عصمه الله وحده بتوفيقه وتداركه بلطفه وعنايته وقليل ماهم. ألا أن عبء القضاء أثقل عبء اذا شاء القاضى أن يتحرى الصواب ويحكم بالحق وبالعدل ويتجرد من تحكم الأهواء والأغراض.ولأمر ما أبى الدخول فى خطة القضاء أبوحنيفة وطائفة من صالحى المؤمنين رحمة الله

عليهم أجمعين (٢).

هذا - ومن قضايا على رضى الله عنه أنه أتى برجل وجد فى خربة بيده سكين متطلخ بدم وبين يديه قتيل يتشحط فى دمه فسأله فقال أنا قتلته قال اذهبوا به فاقتلوه. فلما ذهبوا أقبل رجل مسرعاً فقال يا قوم لا تعجلوا ردوه الى على فردوه فقال الرجل يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبه أنا قتلته. فقال على للأول ما حملك على أن قلت أنا قاتله ولم تقتله قال يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أصنع وقد وقف العسس على الرجل وهو يتشحط فى دمه وأنا واقف وفى يدى سكين وفيها أثر الدم وقد أخذت فى خربة فخفت الا يقبل منى وأن يكون قسامة فاعترفت بما لم أصنع واحتسبت نفسى عند الله. فقال على بئسما صنعت فكيف كان حديثك؟ قال انى رجل قصاب خرجت الى حانوتى فى الغلس فذبحت بقرة وسلختها فبينما أنا أسلخها أخذنى البول فأتيت خربة كانت بقربى فدخلتها فقضيت حاجتى وعدت أريد حانوتى فاذا بهذا الرجل يتشحط فى دمه فراعنى أمره فوقفت أنظر اليه والسكين فى يدى فلم أشعر الا بأصحابك قد وقفوا على فأخذونى فقال الناس هذا قتل هذا ماله قاتل سواه. فأيقنت أنك لاتترك قولهم لقولى فاعترفت بما لم أجنه. فقال على للمقر الثانى فأنت كيف كانت قصتك؟ فقال اعرابى أفلس فقتلت الرجل طمعا فى ماله ثم سمعت حس العسس فخرجت من الخربة واستقبلت هذا القصاب على الحال الذى وصف فاستترت ببعض الخربة حتى أتى العسس فأخذوه وأتوك به. فلما أمرت بقتله علمت أنى أبوء بدمه أيضاً فاعترفت بالحق. فقال على للحسن رضى الله عنه ما الحكم فى هذا. فقال: ياأمير المؤمنين ان كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا وقد قال الله تعالى «ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً» فخلى على سبيله وأخرج دية القتيل من بيت المال أ.هـ .

---

(٢)وانى أعرف ممن عنى بذلك أعظم العناية صديقنا الفاضل الأستاذ محمد فتحى بك المستشار بمحكمة الاستئناف فله فى هذا باع طويل مع استقامة صحيحة وارادة قوية وأدب جم. وعنايته الشديدة بدراسة علم النفس وتطبيق العلم على العمل معروفة لكل من يعرفه (الطبعة الاولى).

قال ابن القيم وهذا ان وقع صلحا برضا الأولياء فلا اشكال، وان كان بغير رضاهم فالمعروف من أقوال الفقهاء أن القصاص لايسقط بذلك لأن الجانى قد اعترف بما يوجبه ولم يوجد ما يسقطه فيتعين استيفاؤه. وبعد فلحكم أمير المؤمنين وجه قوى أهـ.

وأقول ان قيل ان هذه القصة وأمثالها مما يزلزل جانب الأخذ بالقرائن التى سموها قاطعة فيضعف الاحتجاج بها ويفت فى عضدها مع وجود مثل هذا الاحتمال الذي تبين أنه الواقع على شدة بعده.

ان قيل هذا أجبت عنه.

(اولا) بأنها كما تضعف الأخذ بالقرينة القاطعة تضعف الأخذ بالاقرار أيضا مع أنه أقوى الحجج الشرعية فاذا جاز ترك الاحتجاج بالقرينة لوجود مثل هذا الاحتمال الذى ان تحقق وجوده مرة فهو فى حيز التوهم الف مرة، فانه يجوز ترك الاحتجاج بالاقرار أيضا لاشتراك كل فى توهم الاحتمال ولم يقل بذلك أحد.

(ثانيا) ان القرينة لايؤخذ بها الا مع الاحتياط القوى واليقظة الشديدة حتى تطمئن نفس الحاكم اليها ويثلج صدره بما يحكم به، كما أن شهادة الشاهدين على القتل (مثلا) لا يؤخذ بها الا بعد شدة التحرى واستيفاء الشهادة شروطها فكما أن احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن من التحرى ومع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتهما فى الدماء والأموال مهما بلغ عظمها فكذلك الاحتمال البعيد جداً بل الموهوم الذى يوجد مع القرينة القاطعة يجب ألا يمنع العمل بها.

ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال أناس وهم مظلومون لقد أودت شهادة الشهود العدول المزكين بحياة وأموال الكثيرين من الناس وهم مظلومون كذلك.

وما دام الوصول الى الدليل القاطع الذي ينتفى معه كل احتمال لامطمع فيه اذ هو فى حيز المستحيل غالباً وجب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء فى التثبيت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة.

وبالجـــملة فاذا فـــات فى هذا المقـــام عـــلم اليقيـــن فان فى علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظن الراجح للكفـاية وما لايدرك كله لايترك كله. ولا يكلف الله نفساً الا وسعها (٣).

---

(٣) ولقد أخبـرنا أستاذنا الامام الشـيخ محمد عبـده رحمه الله أنه لما كان قاضـيا بمحكمة الاستـئناف قد عرض له كثيرا أنه بعد دراسته القضية الجنائية دراسة تامة وتكوين رأيه فيها يطرأ عليه قبل النطق بالحكم ما يحمله على عدوله عما رآه فيـحكم بغيره بناء على ما بدا له أخيرا. وقال ان ذلـك حصل له أكثر من مرة كما سـمعت منه بنفسى. وقد أخبرنا بمسائل كثيرة من هذا القبيل ونحوه. والهداية والتوفيق من الله وحده. « الطبعة الأولى »

الباب الثامن

القيافة

تعريف القيافة

تتبع الآثار

ثبوت النسب

مقدمة

تعريف القيافة

هى اسم لاقتفاء الأثر أى تتبعه.

ومتتبع الآثار يقال له قائف وجمعه قافة.

وكذا الذى ينظر بفراسته فى وجوه الشبه بين شخصين ليعرف أبينهما نسبة فى البنوة والأخوة أم لا.

تقول قاف أثره يقوفه قوفا تبعه.

وفلان أقوف الناس أى أشدهم اهتداء إلى معرفة أصحاب الآثار وإلى الجهة التى اتجهوا اليها.

ومثل قاف يقوف اقتفى يقتفى، واقتاف يقتاف (١).

وقد رأيت أن أقسم الكلام فى القيافة إلى فرعين:

(الأول) فيما يتعلق بتتبع الآثار ودلالتها

(والثانى» فيما يتعلق بثبوت النسب.

والحكم فى كلا القسمين من قبيل الحكم بالقرائن ولذا رأيت ان أسوق الكلام فى القيافة بعد الكلام على القرينة ايرادا للخاص بعد العام لخصائص انفرد بها.

---

(١) أنظر لسان العرب وتاج العروس.

الفرع الأول
ما يتعلق بتتبع الآثار

اذا كانت التربة حرة (٢) انطبعت فيها أقدام المارة من الناس واخفاف الابل وحوافر الدواب وتشكل الآثر بشكل القدم. وقد يستدل بهذا على المار من الناس، والضال من الحيوان بتتبع آثارها وقوائمها وذلك بقوة الباصرة وقوة الخيال والحافظة حتى يحكى أن بعضهم يفرق بين أثر قدم الشاب والشيخ وقدم الرجل والمرأة والبكر والثيب، وهذا العلم يحصل لمن قام به بالحدس والتخمين لا بالاستدلال واليقين ولا يحصل بالمدارسة والتعليم فلذا لم يصنف فيه مصنف حادث أو قديم. وقد اشتهر بذلك قديما بنو مدلج وبنو لهب من العرب والآن بنو مرة من قبائل عرب نجد. وعندنا فى بعض الجهات بمصر من يقوم بهذا وكذا فى السودان.

وقد أخبرنى صديق لى كان ضابطا ومأمورا بالسودان عن حوادث مدهشة من هذا القبيل. (أنظر كتاب بلوغ الارب فى أحوال العرب للسيد محمد أفندى شكرى الألوسى رحمه الله تعالى، وقد إقتبست هنا جملة منه) وقد قال رحمه الله انه سمع أن اعرابيا اتبع أثر حمار له سرقته اللصوص حتى دخل الحلة (٣) وهو ينشده حتى أوقفه أثره عليه من بين آثار حمير لا تحصى. وقال أن فى هذا حكايات لولا تواترها لحكم عليها بما يقرب من الاستحالة (٤).

وأقول - والآن قد دخل موضوع مقارنة الآثار بعضها ببعض فى مباحث علم التحقيق الجنائى العملى وأصبح موضوع دراسة دقيقة جدا وواسعة النطاق. ومن أحسن ما رأيته فى هذا من كتبنا العربية كتاب التحقيق الجنائي العلمى والعملى للأستاذ محمد شعير بك. وقد تناول فيه باستيفاء تام بحث آثار الأقدام من صفحة

---

(٢) التربة الحرة هى التى لايخالط ترابها رمل، والرملة الحرة هى التى لا يخالط رملها طين.

(٣) الحلة (بكسر الحاء) مدينة بالعراق مشهورة منها صفى الدين الحلى الشاعر المشهور.

(٤) الطبعة الأولى

١٩٠ الى ٢٣٠ وبحث بصمات الأصابع (٥) والأيدى من صفحة ٢٣١ الى صفحة ٢٨٦ وكذا من ٢٨٦ وما بعدها (طبعة ثانية) والبحث فى كل ذلك ممتع ومفيد.

ومما يدخل تحت هذا القسم ارشادات الكلاب البوليسية الى المجرمين اعتمادا على قوة حاسة الشم وتمييز الروآئح بعضها من بعض وقد كان الاعتماد على الكلاب البوليسية كبيراً جداً فى المحاكم منذ سنين ثم تراجع الأمر فضعفت الثقة بها ضعفا عظيما فى نظر بعض الحكام وشيئا قليلا في نظر بعض. على أن الأمر فى كل حادثة جزئية يجب الرجوع فيه التى تقرير القاضى فيقضى بما تطمئن اليه نفسه ويرتاح اليه ضميره بعد بذل ما في وسعه فى تقدير الأدلة. وفى عدد الأهرام الصادر فى ٩ أكتوبر سنة ١٩٣٩ كلام مفيد فى هذا الموضوع فليراجع هو وكذا العدد الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٠ فان له اتصالا به

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- لمحكمة الموضوع الحرية فى تقدير استعراف الكلب البوليسى والاستدلال به على ارتكاب المتهمين للجريمة، فاذا كان تعويلها على هذا الاستعراف لا يتعارض مع الأفعال المسندة الى كل من المتهمين والتى أدانتهما على أساسها فلا تجوز مجادلتها فى ذلك.(٦).

---

(٥) يقول شعير بك آخذا وناقلا عن الاحصاءات الدقيقة ذات الاستقراء الذى يكاد يكون تاما انه لا يوجد تشابه تام من كل الوجوه بين بصمتى اصبعين واذا تكون مقارنة بصمات الأصابع أقوى من مقارنة الخطوط الانتفاء كل احتمال فى الأولى. وعلى هذا فقد أصبح من الواجب الغاء الأختام الغاء كليا والاستعاضة عنها ببصمات الأصابع تحت كتابة اسم صاحب البصمة ان كان ممن لا يعرفون الكتابة وبهذا يقفل باب شر عظيم من أبواب التزوير.

(٦) الطعن رقم ٨٣٦ سنة ٢٣ ق جنائى جلسة ٢٣/ ٦/ ١٩٥٣.

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما الجزء الأول ص ٨٣ - ٨٤ قاعدة ٥٣١ - ٥٣٤ والجزء الرابع ص ٧٥ قاعدة ٢٩٤.

الطعن، رقم ٥٣ سنة ٥٠ ق جنائى جلسة ٣/ ١١/ ١٩٨٠، مجموعة المكتب الفنى سنة ٣١ ص ٩٥٠ قاعدة ١٨٤

الفرع الثانى
مايتعلق بثبوت النسب

تمهيد فى معنى الفراش الوارد فى حديث (الولد للفراش) نقل فى شرح الموطأ عن النووى أن معنى كون الولد للفراش أنه اذا كان للرجل زوجة أو مملوكة يتسرى بها صارت فراشا له فان أتت بولد لمدة الامكان (أى ستة أشهر فأكثر) لحقه وصار ولدا له يجرى بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة سواء أكان موافقا له فى الشبه أم مخالفاً.

وقال أكثر الفقهاء أن الفراش اسم للمرأة لأن الرجل يفترشها ويوضحه رواية البخارى (الولد لصاحب الفراش) أى للزوج أو السيد وقيل الفراش اسم للزوج وهو مروى عن أبى حنيفة، قالوا ويؤيده قول جرير.

باتت تعانقه وبا ت فراشها. وتأويل قول جرير هذا سهل كما لا يخفى وقال الكرخى الفراش هو العقد.

ومن المعلوم أن الفراش عند الحنيفة لا يكون الا في الزواج لا فى التسرى على ما هو مبين فى محله.

وفى هذا الموضوع خلاف بين جمهور الفقهاء والحنيفة لا داعى الى ايراده هنا والصواب مع الجمهور.

وقد أورد ابن القيم وكذا الشوكانى فى تحقيق وجود الفراش ثلاثة مذاهب.

(الأول) مذهب أبى حنيفة وأصحابه وهو أن الفراش فى النكاح الصحيح يبتدىء بالعقد، وأما فى النكاح الفاسد فلا فراش قبل الوطء وعلى هذا فاذا ولدت الزوجة بعد العقد الصحيح بستة أشهر فأكثر ثبت نسب من ولدته من زوجها ولا ينتفى عنه الا باللعان سواء أثبت اتصاله بها أم لم يثبت على ماهو مبين فى كتب الحنفية. وهذا المذهب يرمى الى غرضين شريفين (أولهما) الستر على الأعراض

(وثانيهما) صيانة الأولاد وعدم ضياعهم. وقد بسطت القول فى هذا فى مقدمة ثبوت النسب من كتابى الأحوال الشخصية (١) بما لا مزيد عليه. لكن فيه ثبوت النسب فى حالات تنفيها العادة المستمرة فى هذه الحياة الدنيا وقد شنع على الحنفية خصومهم فى ذلك تشنيعا كبيرا.

(والثانى) مذهب جمهور الفقهاء وهو أن الفراش لا يثبت الا بعد امكان الوطء عادة ويقوم الدليل على هذا الامكان العادى ولو قرينة فى كل من النكاح الصحيح والفاسد. وقد أخذ المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بذلك في المادة (١٥) منه وهاك نصها «لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها. ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

ومقدار السنة بنص المادة (٢٣) من هذا المرسوم بقانون هو ٣٦٥ يوم وانظر المذكرة الايضاحية للمادة (١٥) غير أنى أقول ان ثبوت عدم التلاقى بين الزوجين يكون ضمن ثبوت وجود الزوج فى مكان لا يمكنه منه عادة المجيء الى المكان الذي فيه الزوجة. وقد نصت المادة على أن الزوجة لو أتت بولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها لا تسمع منها ولا من غيرها دعوى ثبوت نسب الولد الذى تأتى به لكن يلاحظ على هذا أن الفراش قائم شرعا بالاتفاق فكيف هذا؟

غير أن الظاهر أن واضع المادة لاحظ أن ابتعاد الزوج عن زوجته قرينة قاطعة على مجيء الولد من غيره واذا تكون أقوى من الفراش، ويقيد الفراش بإمكان الاتصال عادة وكذا يقال فيما لو ولدت بعد وفاة الزوج أو الطلاق بائنا أو رجعيا لأكثر من سنة. وهذا كله للضرب على أيدى النساء الفاسدات وقطع دابر التزوير من هذه الناحية.

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون - طبعة نادى القضاة ١٩٩٤ ص ٤٨٥ وما بعدها، طبعة ٢٠٠٣

وقد كنت كتبت فى مقدمة ثبوت النسب التى ذكرتها آنفا أنه يكتفى بثلاثمائة وعشرة أيام بعد بحث دقيق بحثته مع كثير من أفاضل الأطباء لكن الطبيب الشرعى لما استفتته وزارة الحقانية وقتئذ رأى لأجل التسهيل أن تجعل المدة سنة.

وهذا اموافق لما ذهب اليه محمد بن عبدالحكم (راجع كتابنا بحث المواريث المقارن).

(الثالث) مذهب شيخ الاسلام ابن تيمية وهو أنه لا يتحقق الفراش الا بالدخول المحقق. فقبله لا فراش وقال أن الامام أحمد أشار اليه فى رواية حرب عنه فانه نص في روايته فيمن طلق قبل البناء وأتت امرأته بولد فأنكر، أنه ينتفى عنه بغير لعان. قال ابن القيم وهذا هو الصحيح المجزوم به، والا فكيف تصير المرأة فراشا قبل البناء بها وكيف تأتي الشريعة بالحاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد امكان ذلك؟ وهذا الامكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق.

وأجاب الشوكانى عن هذا بأن معرفة الوطء المحقق متعسرة فاعتبارها يؤدى الى بطلان كثير من الأنساب والأنساب يحتاط فيها، واعتبار مجرد الامكان (أى الامكان عادة) يناسب ذلك.. أهـ.

وقد اتفقت كلماتهم جميعا على أن من يولد لأقل من ستة أشهر من مبدأ ثبوت الفراش (كل على مافسره) لا يثبت نسبه أما اذا أتى الولد لستة أشهر (وهى أقل مدة الحمل) فأكثر فالنسب ثابت مالم تنقطع الزوجية وتمضى مدة بعد انقطاعها لا يتصور فيها الحمل من الزوج شرعا (على حسب المدة التى رآها كل منهم ذلك) وقد علمت نص المادة (١٥) السالفة.

وحديث (الولد للفراش) تمامه (وللعاهر الحجر) والعاهر هو الزانى، والمراد أن له

الخيبة(٢) فلا يثبت نسب الولد منه وان شابهه تمام المتشابهة بل الولد لصاحب الفراش، وهذا بالاجماع.

وهذا الحديث رواه نيف وعشرون من الصحابة وهو مذكور فى الكتب الستة البخارى ومسلم وموطأ مالك وغيرها وقد روى منفردا وروى ضمن حديث سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة.

اذا تقرر هذا أقول:

ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن النسب لا يثبت الا بواحد من ثلاثة، الفراش، والاقرار بالنسب أى دعوة النسب، أو الاستلحاق، والبنية (٣). على ان البينة اما على أن الولد ولد على فراشة أو على اقراره به أو استحقاقه له، ومن ذلك شهادة القابلة بالولادة اذا انكرها الزوج، أو بالولد اذا أقر بالولادة وأنكر أن الذى ولدته زوجته هو هذا الولد وزاد الجمهور على ما تقدم ثبوت النسب بقول القائف اذا لم يعارضه فراش، اذ الفراش اقوى ما يثبت به النسب شرعا.

ومذهب مالك رضى الله عنه أن مجرد اقرار الرجل بالنسب لا يكفى بل لابد أن يؤيده دليل خارجي ولو قرينة فلو أقر رجل من أهل مصر بولد من أهل الهند ولم يعلم أن ذلك الرجل سافر إلى الهند ولا جاءت اليه امرأة من الهند فتزوجها ثم عادت إلى بلدها فلا يثبت النسب باقراره لوجود ما يكذبه ظاهرا.

وكذا لو ادعى رجل نسب ولد وكان المعلوم أن ذلك الرجل لم يتزوج ولم يتسر فلا يثبت النسب بإقراره. ولاشك أن هذا احتياط حسن، خلافا للحنفية (راجع الاقرار بالنسب فى هذا الكتاب).

واحتج الجمهور على أن النسب يثبت بشهادة القائف بما يأتى:

روى أصحاب الكتب الستة عن عائشة رضى الله عنها قالت دخل على رسول

---

(٢) تقول العرب لفلان الحجر، وبقية التراب له الخيبة.

(٣) وقد تقدم فى باب الشهادة بالتسامع أن النسب تسمع فيه الشهادة المبنية على التسامع.

الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهة فقال يا عائشة ألم تر أن مجزرا المدلجى دخل على فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما، فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض أهـ.

وكان لون أسامة أسود ولون زيد أبيض وكان المنافقون من أجل هذا يطعنون في نسب أسامة بن زيد قال القائف مقالته هذه سر النبى صلى الله عليه وسلم. فقال الجمهور ان سروره يدل على اعتباره قول القائف فى ثبوت النسب فيكون دليلا آخر فوق دليل الفراش. وقالت الحنفية لادليل فى هذا على ثبوت النسب لأنه ثابت بالفراش من قبل، وانما كان سروره صلى الله عليه وسلم بقول القائف لأنه قطع ألسنة الطاعنين فى نسب أسامة من زيد وكفهم عن الكلام فيه. ولاشك أن المقام يحتمل هذا التأويل.

فقد اتفقت كلمة الفقهاء جميعا على أن الشبه اذا كان منتفيا بين الولد وصاحب الفراش، وثابتا ثبوتا بينا بين الولد ورجل آخر وقد شهد بذلك الف قائف وقائف فان الولد يكون لصاحب الفراش وكذلك اذا جرى اللعان بين الزوجين مستوفيا شروطه الشرعية فان نسب الولد ينتفى عن الزوج الملاعن ولو شهد القافة بأنه منه.

فاذا لا تظهر ثمرة لشهادة القائف لا نفيا ولا اثباتا عند قيام الفراش، أو حصول اللعان وانما تظهر الثمرة على قول الجمهور عند عدم الفراش.

وهاك جملة القول فى ذلك.

(أ) اذا أقر أحد الورثة بأخ لهم وأنكرة الباقون فان كان هناك شبه يستند اليه القائف ثبت نسبه ولايعتبر انكار الباقين. أما اذا لم يوجد الشبه فلا يثبت النسب بمجرد اقرار واحد من الورثة فقط وعند أبى حنيفة وأصحابه لا تأثير لقول القائف فى ثبوت النسب لاعتماد القائف على مجرد الشبه والظن والتخمين.

(ب) اذا ادعى رجلان غلاما يولد مثله لمثل كل منهما، وكان الغلام مجهول النسب، ولا مرجح لدعوى أحدهما على دعوى الآخر فان شهد القائف بأنه

لأحدهمـا عمل بقول القائـف عند الجمهور، وإن شـهد القائف بأن الولد يشـبه كل واحد منهمـا وكان ولدا لهما جمـيعا فيرث كل واحد منهـما على أنه ابنه ويرثه كل واحد منهما على أنه أبوه فيقسم ماله بينهما على السواء.

وقد نقل عن عمر وعلى رضى الله عنهمـا ما يؤيد هذا وحكم به عمر فى المدينة بحضرة المهاجرين والأنصار فلم ينكره منهم منكر.

لكن الشافعى ومن تبعه خالفوا الجمهور فى هذا فقالوا لا يكون الولد الا من أب واحد فقط، فمتى ألحقته القافة بأبوين سقط قولهما.

وأما أبـو حنيفـة وأصحـابه فالمنقـول عنهم فى كتب المذهب كـالبدائع والهـداية وشروحها والمبـسوط والدر المختار أن أبا حنيفة يثبـت النسب من أكثر من أب واحد إلى خـمسـة آباء اذا ادعـوا كلهم الولد ولم يكن لواحـد مرجـح على غيـره، وأن أبا يوسف لا يثـبت نسب الولد لأكثـر من أبوين، ومحـمد يثـبت النسب إلى ثلاثة. مع العلم بأنهم جمـيعا يرفضـون قول القافة ولا يلتـفتون اليه. وقـد حكى ابن القيم عن بعض الفقهاء أنه يثبت النسب لأكثر من ذلك.

وظاهر عبـارة القهـسـتـانى فى شرحه عـلى الوقاية يتـبادر منها هذا لـكنه خلاف المنقول عن أصحاب المذهب.

ثم قالت الحنفـية أيضا اذا ادعت امـرأتان ولدا وأقامت كل واحدة الـبينة على أنه ابنها فـهو ابنهمـا جميـعا عند أبى حنيـفة، مع أن العلم الضـرورى حاصل بأن الولد يستحيل أن يولد من أكثر من أم واحدة لكن ملحظ الأمام رضى الله عنه فى هذا هو حفظ الولد وعدم ضياعه وهو ملحظ نبيل.

وأمـا أبو يوسف فمـذهبـه أنه ليس لواحـدة منهمـا للسـبب المذكـور انفا. وقـد اختلفت الرواية عن مـحمد. فـعلى رواية أبى حفص يجعل ابنهـما وعلى رواية أبى سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما.

وقد اخـتلف القـائلون بالقافـة هل يكتفى بقـول قائف واحـد أو لابد من اثنين،

كالشهادة؟ والذى اختاره ابن القيم أنه يكتفى بقائف واحد لأن كلامه خبر لا شهادة، وهذا أيضا قول ابن القاسم.

والمشهور من مذهب مالك أن القيافة لا تكون الا فى أولاد الاماء وقيل يقبل قول القائف فى أولاد الحرائر أيضا قاله ابن وهب واختاره اللخمى وقال ابن يونس وهو أقيس.

(جـ) اذا تزوجت امرأة رجلا ودخل بها ثم طلقها فأقرت بعد مضى ستين يوما من طلاقها بانقضاء عدتها ثم تزوجت رجلا آخر فولدت بعد زواجها من الثانى ولدا لستة أشهر ونصف (مثلا) احتمل أن يكون الولد من الثانى، واحتمل أن يكون من الأول لأنه لم يمض على طلاقها من الأول إلا أقل من تسعة أشهر وهى مدة الحمل فى الغالب فلأى الرجلين يقضي بالولد؟ مذهب المالكية أن نسبه يثبت من الأول لأن الغالب على المرأة اذا حملت تضع لتسعة أشهر.

وأقول ما أحسن ماقال الكمال بن الهمام (الحنفى) ان العادة المستمرة هى كون الحمل أكثر من ستة أشهر، وربما تمضى دهور ولم نسمع فيها بولادة لستة أشهر أهـ.

وأما على قول أبى حنيفة وأصحابه فالولد فى مسألتنا هذه للثانى وذلك لمضى المدة الكافية للحمل والوضع.

وأقول ينبغى أن يرجع فى مثل هذا إلى شهادة الأطباء وكذا إلى قول القافة ان امكن.

وأما ان كانت الولادة بعد الزواج الثانى لأقل من ستة أشهر فالولد للأول بالاجماع ويفسخ العقد الثانى.

وان كانت لأكثر من تسعة أشهر فهو للثانى ولاعبرة بالنادر.

(د)ذهب شيخ الاسلام ابن تيمية وصاحبه ابن القيم رحمهما الله إلى ان الزانى لو استلحق ولد المرأة التى زنى بها ولم تكن المرأة ذات فراش أنه يلحقه ويثبت نسبه منه، مادام لم يكن هناك فراش يعارضه - ولا تنس ما قدمناه فى تفسير الفراش، والخلاف فيه - وحكى كل منهما ذلك عن اسحق بن راهوية وقال انه مذهب الحسن

البصرى وعروة ابن الزبير وسليمان بن يسار. قالوا أيما رجل أتي إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه. واحتج سليمان. بأن عمر بن الخطاب كان يليط(٤) أولاد الجاهلية بمن يدعيهم فى الاسلام.

وهذا المذهب مخالف لما ذهب اليه الجمهور من عدم ثبوت النسب بهذه الدعوة.

غير أن الحنفية يقولون اذا ادعاه، ولم يقل بأنه من الزنا ثبت النسب منه مع توافر الشروط أما اذا صرح بأنه من الزنا فلا يثبت النسب منه.

وقد أول اسحق بن راهوية قول النبى صلى الله عليه وسلم، (الولد للفراش) بأن ذلك انما يكون عند تنازع صاحب الفراش والزانى فحيث لا فراش فقد زال المحذور، قال ابن القيم وهذا المذهب ظاهر كما ترى قوة ووضوحا.

وأقول: ان الذى تحصل عندى فى هذا المقام ثلاثة مذاهب

(الأول) أن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه وأقاربها دون أبيه وأقاربه وينعقد التوارث بينه وبين أمه وأقاربها فقط. وتجد تفصيل ذلك فى كتابى بحث المواريث المقارن). (٥)

(الثانى) مذهب الشيعة الامامية - وهو أن ولد الزنا لا يثبت نسبه شرعا لا من أبيه ولا من أمه، وعلى ذلك فالتوارث منقطع بينه وبينهم جميعا.

(الثالث) أنه يثبت نسبه من كل من أمه وأبيه اذ ادعاه ولو قال انه من الزنا وهو المذهب الذى ذكرته هنا. أنظر اختيارات ابن تيمية وزاد الميعاد.

(هـ) قال ابن تيمية كما يعمل بقول القافة فى النسب كذلك يعمل به فى الأموال.

ومن أمثله ذلك أن يتداعى شخصان دابة فيدعى كل منهما أنها دابته نتجت من

---

(٤) أي يلحقهم به وينسبهم إليه والفعل من باب ضرب ، وقد جاء من باب نصر أيضاً .

(٥)الجزء الثانى من مجموعة انتقال ما كان يملكه الانسان حال حياته إلى غيره بعد موته - طبعة نادى القضاه سنة ١٩٩٩.

دابة أخرى مملوكة له فـشهد القائف لأحدهما عمل بشـهادته. ومن ذلك ما اذا ادعى شخصان ثمرا أيديهما كل يدعى أنه له وانه من بسـتانه فقال أهل الخبرة من القافة أنه من بستان فـلان قضى له به. وجعل من القيافـة أو شبيها بها مـا اذا تنازع اثنان لباسا يلبسه أحدهما دون الآخر فدل العرف والقرينة انه لأحدهما قضى له به. وكذلك اذا ادعيـا دابة فوضـعت فى مكان بعيـد ثم ذهبت منه إلى اصطبل أحدهمـا. ومنه تنازع الزوجين فى متاع البيت، وأشباه ذلك. انظر مبحث التنازع بالأيدى فى كتب المذهب الحنفى، واختلاف الزوجين فى متاع البيت ومـسائل الحيطان والجيران ، تجد الرجوع فى كل هؤلاء إلى ما يشبه أقوال القافة والعمل بالقرائن والعرف اذا أعوز الدليل.

مقارنة الدم:

ومما يناسب ايراداه هنا ما قيل أخيرا فـى دلالة مقارنة الدم بين شخص وآخر على ثبوت النسب بينها أو انتقائه. وهاك خلاصة القول فى ذلك.

نقل الاستاذ محمد شعير به فى آخر كتابه التحقيق الجنائى العلمى والعملى بحثا للدكتـور الفاضل على بك توفيق شوشـه وكيل معامل مـصلحة الصحة ومـوضوعه «فحص الدم».

وقـد جاء فى هذا المقـال مـا ملخصـه أن دم أفراد بنى الانـسان ينقـسم إلى أربع فـصـائل. وبعـد أن شـرح هذه الفـصـائـل وبين النسب فى كل فـصـيلة منهـا فى دم المصريين بناء على فحصه قال: انه من المفيد جـدا استعمال تفاعل التجمع بين كرات الدم الحـمراء، وجـوهر التجـمع فى المصل فى مـعرفـة ما اذا كـانت بقعـة الدم التى تفحص من دم المتهم أو من شخص آخر وذلك بمعرفـة الفصيلة التى ينتسب اليها دم المتهم، فاذا اختلفنا أمكن الحكم بأن البقعة ليست من دمه. وهنا تظهر أهمية الفحص من جهة كونه قرينة عـلى نفى التهمة. أما اذا توافقنا فيحتـمل أن تكون البقعة من دم المتهم كما يحتمل أن تكون من دم غيـره من نفس الفصيلة أهـ وأقول انه مع قيام هذا الاحتمال يجب أن يلتمس دليل آخر على ثبوت التهمة من المتهم.

ثم قال ان بحث الدم لـظاهرة التجمع يمكن اسـتخدامـه أحيانـا فى اثبات أو نفى شرعية النسل.

فقد أظهـرت الأبحاث أن قابلية التجمع التى فى كـرات الدم وراثية فالزواج بين الفصيلـة الرابعة والفصيلة الرابعـة ينتج نسلا من الفصيلة الرابعـة فقط. والزواج بين الفصيلة الثانيـة والفصيلة الثانية ينتج نسلا من الفصـيلة الرابعة والثانية. والزواج بين الفصيلة الثالثة والفصيلة الثالثة ينتج نسلا من الفصيلة الثالثة والرابعة فقط.

والزواج بين الفـصيلة الرابعـة والفصـيلة الثانيـة ينتج نسلا من الفـصيلة الرابـعة والثانية. والزواج بين الفصيلة الرابعة والفصـيلة الثالثة ينتج نسلا من الفصيلة الرابعة والثالثة. أمـا زواج بين الفصيلة الأولى أو الثانيـة والفصيلة الثالثة فـانه ينتج نسلا من أى فصيلة.

فاذا ظهر أن فصـيلة الطفل توافق مقتضيات التناسل المـذكورة آنفاً جاز أن يكون الطفل شـرعيا. أمـا اذا ظهر ان فـصيلة الطفـل لا توافق مقـتضيـات تناسل فصـيلتى الوالدين فيـمكن القول بأن أحدهمـا غير حـقيقى أهـ المراد منه. وجـاء في صحيـفة الأهرام منذ شـهر من أقـوال جماعـة من أفاضل الأطبـاء وبعض المحامين نـقلا عن كتاب الطب الشرعى فى مصر ما يؤيد أقوال الأستاذ على بك شوشة اذ اتفقت كلها على ان التحليل قطعى الدلالة فى حالة النفى. وليس قطعـيا فى حالة الاثبات وذلك للاحتمال الذى اسلفناه فى أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحدا منهم.

وهنا أمر ينبغى التنبه له جـدا وهو أنه لا تلازم بين الولد الطبيعى والولد الشرعى فقـد يجتمعـان فيكون الولد طبيـعيا وشـرعيا وقد يفـترقان بأن يزنى شـخص بامرأة متزوجة فتلد ولدا منه فهـذا الولد ابن شرعى للزوج، وابن طبيعى للزانى لكن الشرع وضع قـاعـدة فى هذه الحـالة وهى أن الولد للفـراش وعلى ذلك فـحـقـوق الولادة وواجباتها ثابتة بين الولد وأبيه الشرعى دون أبيه الطبيعى.

وهذا باجماع مجتهدى الأمة كلهم بناء على ذلك النص الحكيم.

غيـر ان للأب الشرعى أن ينفى نسب ذلك الولد باللعـان، ومتى انتفى نسـبه عنه فلا يلتحق بغيره أبدا ولا يقال لأمه زانية ولا يقال له ابن زنا ومن فعل ذلك أقيم عليه حد القذف كما بين ذلك كله فى مواضعه.

وعلى هذا فلو كانت شهادة مقارنة الدم نافية لنسب الولد عن أبيه الشرعى فلا قيمة لهذا النفى لأنه مصادم للنص، وكذا لو كانت مثبتة لنسب الولد من الزانى مع ذلك الاحتمال السابق فلا يثبت النسب من الزانى ولا من غيره حاشا الزوج الشرعى.

وشأن مقارنة الدم هنا كشأن قول القائف تماما.

بقيت هنا مسألة جديرة بالنظر وهي ما اذا تزوج شاب بفتاة زواجا شرعيا صحيحا مستوفيا لكل الشروط المطلوبة شرعا ودخل بها وجاءت منه بولد أو بأولاد وكان هذا الزواج بعد سنة ١٩٣١ ولم تكتب به وثيقة رسمية ثم فارق ذلك الشاب تلك الفتاة وأنكر تزوجه بها وأنكر نسب الأولاد منه. فمن جهة الشرع نفسه تكون الزوجية ثابتة وكذا نسب الأولاد ولو شهدت القافة أو تحليل الدم على أنهم ليسوا منه على ما أسلفنا والآن بمقتضى المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لا تسمع دعوى الزوجية من الزوجة أما دعوى كون الأولاد أولاده، ففى حال حياته فلا سبيل لاثبات نسبهم منه إلا بناء على اقراره أو مستندات كتابية، أو بشهادة الشهود وقد يكون من ضمن الأوراق التي تدل على ثبوت نسبهم منه ورقة مكتوبة بخط يده يقول فيها انه تزوج فلانة - أى أم هؤلاء الأولاد - بتاريخ كذا زواجا شرعيا صحيحا ثم ولد هؤلاء الأولاد بعد ذلك الاعتراف علي فراش تلك الزوجية ولو شهدت القابلة أو شاهدان بأن الولد ولد على فراش الزوج فهل تقبل هذه الشهادة ويثبت نسب الولد؟ أو لا تقبل لعدم ثبوت الفراش قانونا، وان كان ثابتا شرعا. وكذا لو شهد بالنسب شاهدان بناء على التسامع على ما قدمنا في موضعه فهل يثبت النسب بشهادتهما مع عدم مخالفة ذلك لأي نص - نعم - إن الشهادة علي النسب تسمع فى الحالتين.

وقد نصت المذكرة الايضاحية للمادة ٩٩ من اللائحة الشرعية - التى الغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وأحلت بدلا منها المادة ١٧ منه - بعد الكلام علي منع سماع دعوى الزوجية إلا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية على ان:

«وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً فى دعاوى النسب بل هى باقية على

حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحة القديمة».

وهنا تتصور حالات غريبة شاذة. يكون الزواج ثابتا شرعا بالاجماع لكن لا يثبت أمام المحاكم، فتضيع الانساب وترتكب المحرمات إذ يكون لهذه الزوجة التى لم يثبت زواجها أمام المحاكم ان تتزوج غير زوجها الشرعى حال قيام زوجيتها منه شرعا أو فى عدتها منه فتختلط الأنساب ويرتكب ما حرم الله. وقد يثبت النسب دون الزواج بأن يوجد من الزوج ما يدل على ثبوت نسبهم منه حال حياته أو بعد وفاته وهنا أيضا توجد حالة غريبة شاذة وهى ثبوت النسب المستلزم لثبوت الزوجية ضمنا وعدم ثبوت الزوجية بالأم لعدم الوثيقة الرسمية.

وقد دارت مناقشتان بشأن هذا بمجلس شورى القوانين. أولاهما فى يوم السبت ٧ مايو سنة ١٩١٠ أنظر صفحة ٤٩٤ وما بعدها من مجموعة محاضر المجلس لسنة ١٩١٠ والثانية فى يوم الاثنين ٩ مايو من نفس السنة. انظر صفحة ٥٠٣ وما بعدها. وكان جواب وكيل الحقانية محصورا فى أن هذه المسألة من المسائل النادرة فلا ينبغى الالتفات إليها فى التشريع. لكن أقول لو حدثت ماذا يكون الحال؟ ألا يقع المسلمون كلهم فى الإثم بسبب ترك النظر فيها فيجب أن يلتمس مخرج من هذا المأزق الحرج.

على أن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل يتخطى المحاكم الشرعية إلى المحاكم المدنية ومحاكم الجنايات. فإذا زنت امرأة متزوجة زواجا شرعيا صحيحا ولكن لم يحرر بذلك الزواج وثيقة رسمية فهل لزوجها الشرعى أن يرفع عليها دعوى الزنا؟ وهل إذا تزوجت بغيره وهى فى عصمته وحرر بالزواج الثانى وثيقة رسمية وكانت قد ادعت أنها بكر لم تتزوج فهل تحول على محكمة الجنايات لأنها تزوجت وهى زوجة لغير من تزوجت به ثانيا؟ وكيف يثبت زواجها الأول؟ أيثبت فى حق استحقاق العقوبة فقط دون ثبوت حقوق الزوجية أمام المحاكم الشرعية أم كيف يكون الحال؟. وإذا توفى موظف وقررت وزارة المالية لزوجته معاشا فتزوجت تلك الزوجة بعد انقضاء عدتها زواجا شرعيا لكن لم يكتب بذلك وثيقة رسمية وكانت تقبض معاشها بعد زواجها ثم

علمت وزارة المالية بهذا الزواج بعد عشر سنين (مثلا) فهل لها أن تسترد ما أخذته تلك الزوجة بدون حق؟ وكيف تثبت المالية ذلك أمام محكمة الجنايات والمحكمة المدنية هى والنيابة العمومية؟ أم تضيع أموال الدولة وراء ستار هذه الحيل؟ وبعد فهذه خواطر خطرت ببالى فى هذا المقام واستغفر الله من الزلل.(١)

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

لما كانت الحقائق العلمية المسلم بها فى الطب الشرعى الحديث تفيد إمكان تعيين فصيلة الحيوان المنوى، كما أشارت بعض المراجع الطبية العلمية إلى بيان طريقة إجراء بحث الفصائل المنوية والخطوات التى تتبع فيها. لما كان ما تقدم، فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهرى عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعى أما وهى لم تفعل، اكتفاء بما قالته من أن فوات فترة طويلة على الحادث يجعل التحليل أمرا غير مجد، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفنى فى مسألة فنية بحتة، ومن ثم يكون حكمها معيبا إلى جانب الفساد فى الاستدلال بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين مع نقضه والإحالة.(٢)

- النسب يثبت شرعا عند الانكار بالبينة.(٣)

ـ النسب كما يثبت بالفراش أو الإقرار، يثبت بالبينة، بل إن البينة فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الإقرار ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان، وإنما يكفى أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى.(٤).

---

(١) الطبعة الأولى

(٢) طعن رقم ٥٧٧٩ سنة ٥٢ ق جنائي جلسة ٤/ ١/ ١٩٨٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ٥٢

(٣) الطعن رقم ١١ سنة ٣٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٥/ ١١/ ١٩٧٠

(٤) الطعن رقم ٣٨ سنة ٤٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ٥/ ٣/ ١٩٨٠.

(٣، ٤) مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٨٥ قاعدة ١٩٢٦، ص ٦٨٦ قاعدة ١٩٣١.

الباب التاسع

القرعة

معنى القرعة

قسمة المال المشترك

ترجيح أحد الأشخاص على غيره

منازعة إثنين أو أكثر :

في نسب ثالث

في مال تحت يد غيرهما

مقدمة

معنى القرعة

معنى القرعة في اللغة السهم والنصيب.

وتطلق أيضا علي عمل يتعين به السهم والنصيب بطريق المصادفة والاتفاق، اعتمادا علي القضاء والقدر.

قال في تبصرة الحكام نقلا عن فروق القرافى انه اذا تعينت المصلحة أو الحق في جهة فلا يجوز اقراع بينه وبين غيره لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المعين والمصلحة المعينة.

ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار أهـ.

وقد رأيت تقسيم ما تدخله القرعة إلى ثلاثة فصول:

الأول: قسمة المال المشترك وتعيين نصيب كل واحد من الشركاء بعد القسمة بالقرعة.

الثانى: فى ترجيح أحد شخصين أو أكثر على غيره في الأولوية والتقديم في أمر من الأمر كل واحد منهم صالح له وقد استووا كلهم في استحقاقه لصلاحيته وتأهله له.

الثالث: أن يتنازع اثنان أو أكثر فى نسب ثالث أو في مال فى يد غيرهما، وكل واحد يدعى أنه صاحب الحق فيه وحده وان منازعه مبطل في دعواه، والشئ المتنازع فيه لا يعدو المتنازعين ولا مرجح لأحدهم علي الآخر.

الفصل الأول

قسمة المال المشترك

اذا كان العقار مشتركا بين ثلاثة نفر لأحدهم النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس (مثلا) جعل القاسم العين المشتركة أسداسا لأن السدس أقل الأنصباء. وعلى ذلك يكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس. ويلقب القاسم النصيب من أى جانب شاء بالأول ثم الذى يليه بالثانى ثم الذى يليه بالثالث. ثم يكتب أسامى الشركاء في بطاقات، ويطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى اذا انشقت وهى مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو في كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى، إلى أن ينتهى إلى الأخير. فان خرج أولا في المثال المذكور اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول، وان خرج ثانيا كان له كذلك من الجانب الذى يلي الأول، وان خرج ثالثا كان له كذلك من الجانب الذى يلى الثانى. وعلي هذا كل منهم[1] قال الزيلعى ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار، وهو حرام، لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لأن الاستحقاق كان ثابتا من قبل، اذ للقاضى ولاية الزام كل منهم بنصيبه بدون القرعة لأن ذلك في معنى القضاء فيملك الالزام به وانما صير إلى القرعة لتطيب قلوبهم، وهذا ليس بقمار، وانما القمار اسم لما يستحق به الانسان شيئا لم يكن له من قبل. وليقس علي المثال السابق غيره وكيفية القسمة وتعديل أنصباء الشركة مبينة في كتب الفقه الاسلامى أتم بيان وأدقة.

والقرعة في القسمة ثابتة بالنص وبالاجماع.

---

(١) أنظر التبيين، وليست طريقة القرعة محصورة في المذكور هنا بل تكون بكيفيات أخرى متى أمكن الوصول إلى الغرض المقصود بها.

وقد نص القانون المدنى على إجراء القرعة عند تحديد أنصباء المشتاعين عند إجراء قسمة المال الشائع.

فنصت المادة ٨٣٧ من القانون المدنى «يكون الخبير الحصص علي اساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية، فان تعذرت القسمة على هذا الاساس جاز للخبير أن يجنب لكل حصته».

- المادة ٨٣٩/ ٢ من القانون المدنى «فان كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المقرر».

الفصل الثاني

ترجيح أحد الأشخاص على غيره
في أمر كل منهم صالح له
وقد إستووا كلهم في إستحقاقه

له أمثلة كثيرة ..

(منها) القرعة بين الأئمة لأجل الصلاة اذا استووا من جميع الوجوه في استحقاق الامامة.

(ومنها) عند ارادة السفر باحدى الزوجات.

(ومنها) إذا تنازع الخصمان فى أيهما المدعى. وأشكل الأمر علي القاضي فانه يتعين المدعى منهما بالقرعة.

(ومنها) إذا اجتمع الخصوم عند القاضي وفيهم مسافرون ومقيمون وخاف المسافرون فوات الرفقة قدموا، الا أن يكثروا كثرة يلحق المقيمين منها الضرر فيقرع بينهم. انظر التبصرة.

وأقول - ومن ذلك ما اذا تقدم اثنان لعمل من الأعمال (وظيفة) وقد استوت مؤهلاتهما من جميع الوجوه فانه يقرع بينهما، تطبيبا للقلوب وازالة للأحقاد والضغائن وهكذا.

الفصل الثالث

منازعة اثنان أو أكثر
في نسب ثالث أو في مال تحت يد غيرهما
ولا مرجح لأحدهم على الآخر

وهو أن تكون القرعة طريقا من طرق الاثبات يتعين بها صاحب الحق ابتداء.

وهذا موضع خلاف الفقهاء فقد أنكره أبوحنيفة وأصحابه وجماعة من الفقهاء أشد الانكار وعدوه من قبيل القمار المحرم.

وقال بجوازه الأكثرون منهم وأيده ابن حزم وابن القيم، وقد دافع عنه الثانى دفاعا عظيما في كتابه «الطرق الحكمية».

وهاك مثالثين أحدهما في النسب والثانى فى المال.

(أ) اذا ادعى اثنان أو أكثر نسب ولد، وليس لأحدهم مرجح علي الآخر في دعواه فعلى أحد الرأيين يقرع بينهم فمن خرجت له القرعة كان الولد ابنه فيقضى به له شرعا عند أصحاب هذا الرأى، وقد يكون فى الواقع ليس ولدا له. وقد ثبت عن علي رضي الله عنه أنه قضى بهذا فى حادثة حصلت باليمن، وعلم النبى صلي الله عليه وسلم بقضائه ولم ينكره عليه بل ظهر منه صلي الله عليه وسلم ما يدل علي اقراره عليه. وأما أبوحنيفة وأصحابه فيجعلو الولد ابنا لكل واحد من المتنازعين علي ما أسلفنا من التفصيل.

(ب) اذا ادعى اثنان أو أكثر عينا مالية في يد شخص آخر وأقام كل واحد منهم البينة علي دعواه، ولا مرجح لأحدهم (أنظر دعوى الرجلين في كتاب الدعوي).

فعلى الرأى الأول يقرع الحاكم بينهم فيمن خرجت له القرعة قضى له بالمال المتنازع فيه. وهذا مذهب أحمد وإسحق وأبى عبيد وقول للشافعي. واختار ابن حزم أن يحلف من خرجت له القرعة ثم يقضى له. وقد يكون المال في الواقع ونفس

الأمر ليس لمن خرجت له القرعة.

وذهب أبوحنيفة ومن معه إلى أنه يقضى بالمال بين المتنازعين على السواء حيث لا مرجح، والمال قابل للاشتراك.

وهذا بخلاف ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة حال حياتها واستوت أدلتهما من كل الجهات فانه لا يقضى بها لواحد منهما لعدم المرجح ولا لهما لامتناع الاشتراك في الزواج شرعا فتتهاتر البينتان، بخلاف دعوى المال لامكان الاشتراك فيه.

ومن دعوى المال أن يدعى رجلان زواج امرأة بعد وفاتها فهذه في الحقيقة دعوي مال لأنها دعوى ميراث فيقضى بينهما عند استواء الأدلة (راجع دعوى الرجلين)

وذهب الأوزاعى وهو رواية عن على وقول للشافعى أنه يقضى لمن كانت بينته أكثر عددا وذهب مالك إلى أنه يقضى لمن كانت بينته أعدل، وإن استوت البينتان في أصل العدالة.

وشرح هذا كله بالتفصيل مبين في دعوى الرجلين من كتاب الدعوى الذى هو الجزء الأول من كتابنا الأقضية والمرافعات الشرعية «طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية» والجزء الثانى منه، كتاب طرق الاثبات، و الثالث كتاب القضاء.

والله هو الموفق وبيده الأمر كله لا حول لنا و لا قوة إلا به..

«انتهى»

والحمد لله أولاً و آخراً.

وصلى الله علي سيدنا محمد وعلي جميع الأنبياء والمرسلين.

مؤلفات المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك

الكتب	السنة
- كتاب المحيط فى الحساب	١٩٠٠
★ الرسالة الأولى فى الكلام عن الزمن وتحويل التواريخ	
★ الرسالة الثانية فى النقود والمقاييس والمكاييل والمساحات وتحويل بعضها إلى بعض.	١٩٠١
ـ مختصر تاريخ اللغة العربية وبيان حالتها قبل الإسلام وبعده	١٩٠٣
ـ أدبيات اللغة العربية للمدارس الثانوية (بالاشتراك مع مجموعة من مدرسى وزارة المعارف)	١٩٠٦
★ وأعيد طبعه طبعة ثانية سنة ١٩٠٩	
ـ دروس الشريعة الإسلامية لطلبة مدرسة الحقوق الخديوية	١٩٠٦
ـ مذكرات فى المعاملات.	١٩٠٩
ـ الدعوى وطرق اثباتها.	١٩١١
ـ أحكام العبادات.	١٩١٢
ـ ملخص فى المعاملات.	١٩١٤
ـ المرافعات الشرعية.	١٩٢٠
★ وأعيد طبعه موجزا ١٩٢٥.	
ـ كتاب القضاء.	١٩٢٣
ـ المعاملات الشرعية المالية.	١٩٢٤
★ وأعيد طبعه سنة ١٩٢٥، ١٩٣٤، ١٩٣٥، ١٩٣٦.	
ـ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية.	١٩٢٥
★ وأعيد طبعه مختصرا وفقا لآخر التعديلات سنة ١٩٣٠، ١٩٣٨.	
ـ موجز فى الهبة والوصية.	١٩٢٧
ـ طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية.	١٩٢٨

- نظام النفقات. ١٩٣٠

- الأهلية وعوارضها والولاية. ١٩٣٢

- أحكام الوقف والموارث. ١٩٣٧

★ وأعيد طبعه سنة ١٩٣٨.

- التركة والحقوق المتعلقة بها. ١٩٣٨

- مذكرة فى علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامى. ١٩٣٩

- الهبه والوصية وتصرفات المريض. ١٩٣٩

- طرق الاثبات الشرعية. ١٩٤٠

- أحكام التصرف عن الغير بطريقة النيابة. ١٩٤١

- الموارث علما وعملا. ١٩٤٢

- الوصية. ١٩٤٣

- الوقف. ١٩٤٤

- مذكرة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام فى الشرع الإسلامى. ١٩٤٥

مـن أهـم المقـالات

- مصادر الفقه الإسلامي.
- تاريخ التشريع الإسلامي.
- العلاقة بين الدين والقانون.
«باللغة الفرنسية مقدمة لمؤتمر لاهاى للقانون، بالاشتراك مع د. على بدوى».
- تخالف القضاء والديانة فى بعض المسائل.
- الدين والعلم «لا تناقض بين الدين الإسلامى والمكتشفات العلمية الحديثة».
- وجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين.
- تخصيص القضاء.
-قضاء القاضى بعلمه.
- وحدة المملكة القضائية واستقلالها فى البلاد الإسلامية.
- الحق ورأى فقهاء الشريعة الإسلامية فيه.
- مدى استعمال الحق وما يتقيد به فى الشريعة الإسلامية.
- العقود والشروط والخيارات.
الغبن وأنواعه وتأثير كل منها فى العقود والتصرفات.
- الرأى فى الشفعة إذا كان المشترى أحد الشفعاء.
- إلتزام التبرعات.
- بحث مقارن فى المواريث.
- حول ميراث القاتل.
- بحث مستفيض جامع فى ميراث الأخوة والجد.
- حقوق المرأة في الميراث.
- الوقف وما ينبغى ان تكون أحكامه والمبادىء التى أخذ بها فى مشروع قانون الوقف الجديد.
- الوقف وبيان أنواعه وخصائص كل نوع وما ينبغى ان تكون عليه أحكامه .
الوقف- مشروعية الوقف الأهلى والرأى فى حل الأوقاف الأهلية.
- الأمامة العظمى في الشريعة الإسلامية.
- «الإمام على» فى فقهه وقضائه.
- أحكام المرأة فى الشريعة الإسلامية وبيان ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات.
- جامع أحكام المرأة فى الشريعة الإسلامية.

- تقليل النسل أو منعه والتعقيم.
- تحديد سن الزواج.
- حكم الشريعة الإسلامية فى الزواج مع اتحاد الدين واختلافه وتغييره وتبعية الأولاد للأبوين أو لاحدهما.
- الزواج المدنى والزواج الدينى فى نظر الشريعة الإسلامية.
- ثبوت النسب.
- أكثر مدة للحمل.
- تعويض الزوجة عن الاخلال بوعد الزواج.
- الهدايا قبل الزواج
- حماية الأسرة.
- الحياة الروحية ووجوب العناية بها.
- بعض آداب الإسلام: معاملة الرقيق - نفقة الحيوان والرفق به.
- القضاء والقدر من الناحية العملية وما ينبغى ان يكون عليه المسلم.

- وعشرات الفتاوى فى مجلة الشبان المسلمين.

كما أعيد طبع المؤلفات الآتية وأدمج فيها المقالات المتعلقة بموضوعاتها.

- طرق الإثبات الشرعية ١٩٨٥.

وأضيف إليها بالهوامش أحكام محكمة النقض ومواد قانون الاثبات الحالى ومشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية طبقا لاحكام الشريعة الإسلامية.
وأعيد طبعة «طبعة رابعة» سنة ٢٠٠٢ مزيدة ومنقحة أعيد فيها ترتيب بعض الموضوعات وأضيف إليها أحكام المحكمة الدستورية العليا والحديث من أحكام محكمة النقض والتعليق على قانون الحسبة الصادر بالقانون ٣ لسنة ١٩٩٦ وقانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ومشروع قانون الأسرة. «هذا المجلد»

- مجموعة انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلي غيره بعد موته «التركة وحقوق المتعلقة بها، المواريث علما وعملا، الوصية تصرفات المريض مرض الموت»١٩٨٧.
وأضيف إليها مواد القوانين التى تتصل بالموضوعات ومواد مشروع القانون العربى الموحد للأحوال الشخصية وأحكام محكمة النقض.

ثم أعيد طبعه «طبعة ثانية» سنة ١٩٩٩ أضيف إليها أحكام ميراث طفل الأنابيب والوصية له، وما استجد من أحكام محكمة النقض.

- مجموعة أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام محكمة النقض. ١٩٩٤.

وهى تتضمن أحكام الخطبة، وانعقاد الزواج وأحكامه، حقوق الزوجين، فرق الزواج واثاره، حقوق الأولاد، ثبوت النسب، نسب الطفل المولود من التلقيح الصناعى وطفل الأنابيب، الرضاعة والحضانة النفقات، نفقة الزوجة والمطلقة والاولاد والأقارب، النفقة بسبب الملك، نفقة الحيوان، نفقة الأشياء الأخرى، سد الرمق، الضيافة.

وأعيد طبعه «طبعة خامسة» سنة ٢٠٠٣ اضيف إليها التعليق على القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، بتنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والتطليق للخلع وإثبات الطلاق والرجعة، والقوانين الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية، وموضوع تأجير الرحم، قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

أعيد طبع المؤلفات الآتية

- «بطريق التصوير من الأصل».
- علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامى.
- الإلتزامات فى الشرع الإسلامى.
- المعاملات الشرعية المالية.

وقعت بعض أغلاط مطبعية

لا تخفى عن القارئ

الفهرس

فهرس عام

مجموعة طرق الإثبات الشرعية — **رقم الصفحة**

فهرس عام

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهرس

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهرس

رقم الصفحة

فهرس

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهرس

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهـرس

رقم الصفحة

فهــرس

رقم الصفحة

فهرس

رقم الصفحة

رقـــم الإيـــداع : ٢٠٠٣/١١٤١٢
الترقيم الدولى : I.S.B.N. 977-236-406-9

طبع بمطابع دار (الجمهورية) للصحافة

